



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2015, Vol. 4, Part 1**

**2015, Vol. 4, 1<sup>er</sup> fascicule**

Cited as [2014] 4 F.C.R., {<sup>3-295</sup>  
D-1-D-2

Renvoi [2014] 4 R.C.F., {<sup>3-295</sup>  
F-1-F-2

---



## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r.  
LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

---

### LEGAL EDITORS

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

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager  
LINDA BRUNET

### Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
NATHALIE LALONDE

### Production Coordinator

SARAH EL-SALIBY

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2015.

Cat. No. JU1-2-1-PDF  
ISSN 1714-373X

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

### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LINDA BRUNET

### Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY  
NATHALIE LALONDE

### Coordonnatrice, production

SARAH EL-SALIBY

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2015.

N° de cat. JU1-2-1-PDF  
ISSN 1714-373X

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

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

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

*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: Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-992-2934.*

*The Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/>*

## CONTENTS

Appeals noted .....	I
Judgments .....	3–295
Digests .....	D-1–D-2

### **Alves v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . . . 108**

Pensions—Judicial review of Social Security Tribunal (SST), Appeal Division decision refusing applicant leave to appeal decision of Review Tribunal determining that it did not have jurisdiction to deal with matter before it because issues already finally decided by different Review Tribunal—Applicant, seriously injured, denied *Canada Pension Plan* (CPP) disability benefits—Review Tribunal concluding applicant not precluded from performing gainful employment, not disabled within meaning of CPP, s. 42(2)(a)—Further applications denied on grounds issue *res judicata*—SST dismissing applicant’s application for leave to appeal Review Tribunal decision on basis no new evidence produced, no error identified, no argument having reasonable chance of success—Whether SST committing reviewable error in refusing application for leave to appeal—SST not selecting correct test for assessing application for leave to appeal—“Arguable case” test subject to statutory override—SST erring in considering leave application on basis of applicant’s expectations at time of filing, in accordance with CPP s. 84(1) as it read before SST replaced Pension Appeals Board—New test “reasonable chance of success”, only three grounds of appeal existing pursuant to *Department of Human Resources and Skills Development Act*, s. 58—SST required to apply s. 58 test, having no discretion to apply former test—Erring in considering application based on applicant’s legitimate expectations at time of filing with Pension Appeals Board—Doctrine of legitimate expectations limited to rules of procedural fairness

*Continued on next page*

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

*Les 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 : Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-992-2934.*

*Le Recueil des décisions des Cours fédérales peut être consulté sur Internet au site Web suivant : <http://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>*

## SOMMAIRE

Appels notés .....	I
Jugements .....	3–295
Fiches analytiques .....	F-1–F-2

### **Alves c. Canada (Procureur général) (C.F.) . . . . . 108**

Pensions—Contrôle judiciaire d’une décision de la Division d’appel du Tribunal de la sécurité sociale (TSS) de refuser la demande d’autorisation de la demanderesse d’interjeter appel d’une décision d’un tribunal de révision déterminant qu’il n’avait pas compétence pour trancher l’affaire dont il était saisi parce qu’une décision finale avait déjà été rendue par un autre tribunal de révision à l’égard des questions soulevées—La demanderesse, gravement blessée, s’est vu refuser des prestations d’invalidité en vertu du *Régime de pensions du Canada* (RPC)—Le tribunal de révision a conclu que la deman-deresse n’était pas incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice et qu’elle n’était donc pas invalide au sens de l’art. 42(2)a) du RPC—Les autres demandes ont été rejetées au motif que la question était chose jugée—Le TSS a rejeté la demande d’autorisation de la demanderesse d’interjeter appel de la décision du tribunal de révision au motif qu’elle n’avait pas produit de nouvelle preuve, ni souligné une erreur de fait ou de droit, ni présenté un argument ayant une chance raisonnable de succès—Il s’agissait de déterminer si le TSS a commis une erreur susceptible de contrôle en rejetant la demande d’autorisation d’interjeter appel—Le TSS n’a pas appliqué le bon critère pour évaluer la demande d’autorisation d’interjeter appel—Le critère de « cause défendable » peut être écarté par une loi—Le TSS a commis une erreur lorsqu’il a examiné la demande d’autorisation d’interjeter appel en fonction des attentes de la demanderesse au moment du dépôt de sa demande et conformément à l’art. 84(1) du

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

—Parliament clearly intending that matters dealt with by SST subject to new legislation—However, SST’s error not constituting sufficient basis to allow judicial review—Sending matter back to SST for re-determination having no practical effect even if correct test applied—Rule of *res judicata*, principle of issue estoppel applying herein—Application dismissed.

### **Escobar Rosa v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) ..... 199**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision dismissing applicant’s refugee claim on two principal, independent grounds—RPD finding that applicant having voluntarily returned to country of origin, El Salvador, several times since moving to Canada; finding no credible basis for claim for protection, including regarding alleged attempt on applicant’s life during last trip to El Salvador—Applicant, politician in home town but eventually leaving politics when discovering life threatened—On last trip to El Salvador, allegedly encountering life-threatening incident—After motion for stay of removal order denied, applicant removed from Canada, returned to El Salvador—Whether RPD erring in finding that applicant ineligible for refugee protection given numerous returns to El Salvador; whether RPD erring in finding no credible basis for applicant’s claims; whether RPD erring in questioning authenticity of police report regarding alleged attempt on applicant’s life without giving notice thereto of concerns thereon—Regarding RPD’s finding applicant ineligible for refugee protection given numerous returns to El Salvador, RPD addressing each reason applicant providing; concluding that all applicant’s actions voluntary—Given nature of reasons applicant offering for returning seven times to country of origin, RPD’s conclusion reasonable—On basis of facts herein, reasonably open to RPD

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

RPC dans la version qui était en vigueur immédiatement avant que le TSS remplace la Commission d’appel des pensions—Le nouveau critère est d’avoir une chance raisonnable de succès, et il n’existe que trois motifs d’appel aux termes de l’art. 58 de la *Loi sur le ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences*—Le TSS était tenu d’appliquer le critère de l’art. 58 et n’avait pas le pouvoir discrétionnaire d’appliquer l’ancien critère—Il a commis une erreur en examinant la demande en fonction des attentes légitimes de la demanderesse au moment du dépôt de sa demande auprès de la Commission d’appel des pensions—La doctrine des attentes légitimes se limite aux règles de l’équité procédurale—Le législateur avait clairement pour intention d’assujettir à la nouvelle loi les affaires dont est saisi le TSS—Toutefois, l’erreur commise par le TSS en l’espèce ne constituait pas un motif suffisant pour accueillir la demande de contrôle judiciaire—Le renvoi de cette affaire au TSS afin qu’il rende une nouvelle décision n’aurait eu aucun effet pratique—La règle de la chose jugée et le principe de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée s’appliquaient en l’espèce—Demande rejetée.

### **Escobar Rosa c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) ..... 199**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Contrôle judiciaire d’une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié rejetant la demande d’asile du demandeur pour deux motifs principaux indépendants—La SPR a d’abord conclu que le demandeur était retourné de son plein gré dans son pays d’origine, le Salvador, plusieurs fois depuis qu’il avait déménagé au Canada et a ensuite conclu à l’absence de minimum de fondement de la demande de protection du demandeur, notamment en ce qui concerne la tentative de meurtre dont il aurait été victime à la fin de son dernier voyage au Salvador—Le demandeur était un politicien dans sa ville natale, mais a éventuellement quitté la politique lorsqu’il a été mis au courant de plans visant son assassinat—Durant sa dernière visite au Salvador, il aurait été victime d’un incident ayant mis sa vie en danger—Après avoir présenté sans succès une requête pour surseoir à l’exécution de la mesure de renvoi, le demandeur a été renvoyé au Salvador—Il s’agissait de déterminer si la SPR a commis une erreur en concluant que la demande de protection du demandeur était irrecevable en raison de ses nombreux retours au Salvador; si la SPR a commis une erreur en concluant à l’absence de minimum de fondement de sa demande; et si la SPR a commis une erreur en remettant en question l’authenticité d’un rapport de police sur la tentative de meurtre alléguée dont le demandeur avait été victime, sans

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

to conclude applicant not establishing alleged attack on life in fact occurring—Based on RPD’s decision, record submitted, reasonably open to RPD to conclude no credible basis for applicant’s stated fears—Decision amply justified, transparent, intelligible, supported by evidence—As to police report, given RPD’s reasonable credibility concerns regarding applicant’s testimony, reasonably open thereto to decline to give police report any weight—Regarding issue of notice, apparent from record that applicant having ample notice of RPD’s concerns about police report; given every opportunity to address concerns—Thus, RPD not erring by failing to give applicant notice thereon—Application dismissed.

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision dismissing applicant’s refugee claim on two principal, independent grounds—Respondent arguing that, since applicant removed from Canada, RPD no longer having jurisdiction to reconsider application; that application no longer giving rise to “live controversy”; thus application moot—Whether RPD having jurisdiction to reconsider applicant’s application for protection; whether application moot—On mootness, in judicial review of negative decision by RPD under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 96, not specifically required that refugee claimant be in Canada during redetermination—In absence of clear wording in Act to contrary, respondent’s position that RPD not having jurisdiction to reconsider application under Act, s. 96 once applicant properly removed from Canada, even if RPD committing reviewable error in denying application, rejected—RPD having jurisdiction to reconsider application initially made pursuant to Act, s. 96, in accordance with s. 99(3) in such circumstances, provided applicant outside each country of nationality—Thus, live controversy still existing in respect of application in present case; therefore, judicial review of RPD’s decision not moot.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

l’avis des doutes qu’elle avait à cet égard—En ce qui a trait à la conclusion de la SPR selon laquelle la demande de protection du demandeur était irrecevable en raison de ses nombreux retours au Salvador, la SPR a examiné chacun des motifs pour lesquels le demandeur était retourné au Salvador et a conclu qu’il avait chaque fois agi de son plein gré—Étant donné la nature des raisons données par le demandeur pour expliquer ses sept retours dans son pays d’origine, la conclusion de la SPR était raisonnable—À la lumière des faits particuliers de l’espèce, il était raisonnablement loisible à la SPR de conclure que le demandeur n’avait pas établi que la tentative de meurtre alléguée s’était produite—Selon la décision rendue par la SPR et le dossier présenté, il était raisonnablement loisible à la SPR de conclure à l’absence de minimum de fondement des craintes alléguées du demandeur—Cette décision était amplement justifiée, transparente, intelligible et étayée par les éléments de preuve—Quant au rapport de police, étant donné tous les doutes raisonnables que la SPR a soulevés quant à la crédibilité du témoignage du demandeur, il lui était raisonnablement loisible de refuser d’accorder un poids quelconque au rapport—Pour ce qui est de l’avis, il ressortait nettement du dossier que le demandeur a été amplement informé des doutes que la SPR avait à propos du rapport de police, et qu’il a eu tout le loisir de dissiper ces doutes—Par conséquent, la SPR n’a pas commis d’erreur en omettant d’aviser le demandeur de ses doutes—Demande rejetée.

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Contrôle judiciaire d’une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié rejetant la demande d’asile du demandeur pour deux motifs principaux indépendants—Le défendeur a affirmé qu’étant donné que le demandeur avait été renvoyé du Canada, la SPR n’avait plus compétence pour réexaminer sa demande; que la demande ne soulevait plus de « litige actuel » et qu’elle était donc théorique—Il s’agissait de déterminer si la SPR avait compétence pour réexaminer la demande de protection du demandeur et si cette demande était théorique—En ce qui concerne la question du caractère théorique, lors du contrôle judiciaire d’une décision défavorable rendue par la SPR au titre de l’art. 96 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, la Loi n’exige pas expressément que le demandeur d’asile se trouve encore au Canada au moment du réexamen—En l’absence d’énoncé clair dans la Loi à l’effet du contraire, la thèse du défendeur selon laquelle la SPR n’a pas compétence pour réexaminer une demande au titre de l’art. 96 quand le demandeur a déjà été renvoyé du Canada en bonne et due forme, même si la Cour a déterminé que la SPR a commis une erreur susceptible de contrôle en rejetant la demande, a été rejetée—La SPR a

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board) (F.C.A.) ..... 75**

Energy—Judicial review of interlocutory decisions by National Energy Board wherein Board devised process to determine who could participate in larger proceeding, ruled that certain issues were irrelevant, denied applicant Donna Sinclair participation in larger proceeding—Board exercising discretion concerning participation rights under *National Energy Board Act*, s. 55.2 by having participants to larger proceeding provide information in Application to Participate Form—Applicants submitting Board’s decision to remove certain issues from table unreasonable, violating *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter), s. 2(b); Act, s. 55.2 offending freedom of expression under Charter; applicant unconstitutionally prevented from expressing herself—Whether applicants barred from seeking Charter relief—Whether Board’s decisions unreasonable—Applicants barred from seeking Charter relief as Charter issue not raised before Board—Board’s decisions reasonable—Removing issues deemed irrelevant within range of acceptability, defensibility—Board entitled to significant margin of appreciation regarding process, use of Application to Participate Form—S. 55.2 enacted to make Board hearings fair, focused, efficient—Application to Participate Form commensurate with requirement for persons not directly affected to show they have relevant information or expertise—Board decision denying applicant Sinclair participation within ken of Board, deserving of significant margin of appreciation—Application dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

bel et bien compétence pour réexaminer une décision présentée initialement au titre de l’art. 96 et conformément à l’art. 99(3) dans de telles circonstances, pourvu que le demandeur se trouve à l’extérieur de tout pays dont il a la nationalité—Il continuait donc d’y avoir un « litige actuel » entourant la demande dans ces circonstances et, par conséquent, la demande de contrôle judiciaire de la décision initiale rendue par la SPR n’était pas théorique.

### **Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l’énergie) (C.A.F.) ..... 75**

Énergie—Contrôle judiciaire de décisions interlocutoires de l’Office national de l’énergie dans le cadre desquelles ce dernier a élaboré un processus pour déterminer qui pourrait participer à l’instance générale, a jugé que certaines questions étaient non pertinentes et ne seraient pas examinées dans le cadre de l’instance générale, et a refusé à la demanderesse Donna Sinclair le droit de participer à l’instance générale—L’Office a exercé son pouvoir discrétionnaire concernant les droits de participation en vertu de l’art. 55.2 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie* en demandant aux participants à l’instance générale de fournir des renseignements dans un formulaire de demande de participation—Les demanderesse ont soutenu que la décision de l’Office de retirer certaines questions de l’ordre du jour était déraisonnable et violait l’art. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte), que l’art. 55.2 de la Loi porte atteinte à la garantie de liberté d’expression prévue par la Charte, et qu’il était inconstitutionnel d’empêcher la demanderesse de s’exprimer—Il s’agissait de déterminer s’il était interdit aux demanderesse de demander une réparation en vertu de la Charte—Il s’agissait de déterminer si les décisions de l’Office étaient déraisonnables—Il était interdit aux demanderesse de demander une réparation en vertu de la Charte au motif qu’elles n’avaient pas invoqué la Charte devant l’Office—Les décisions de l’Office étaient raisonnables—La décision de retirer certaines questions jugées non pertinentes parvenait à un résultat qui appartient à la gamme des issues acceptables et justifiables—En ce qui concerne sa décision concernant le processus et l’utilisation du formulaire de demande de participation, l’Office avait droit à une marge d’appréciation importante—L’art. 55.2 a été adopté afin de rendre les audiences de l’Office plus équitables, mais aussi plus efficaces et recentrées—Le formulaire de demande de participation est à la mesure de l’exigence selon laquelle les personnes qui ne sont pas directement touchées doivent démontrer qu’elles possèdent des renseignements pertinents ou une expertise appropriée—L’Office méritait qu’on lui laisse une marge de manœuvre importante pour refuser à la demanderesse Sinclair le droit de participer à l’instance générale—Demande rejetée.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Administrative Law—Practice—National Energy Board devising process to determine who could participate in larger proceeding, ruling that certain issues irrelevant, not to be considered in larger proceeding, denying applicant Donna Sinclair participation in larger proceeding—Board exercising discretion concerning participation rights under *National Energy Board Act*, s. 55.2 by having participants to larger proceeding provide information in Application to Participate Form—Applicants submitting Board’s decision to remove certain issues from table unreasonable, violating *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter), s. 2(b); Act, s. 55.2 offending freedom of expression under Charter; applicant unconstitutionally prevented from expressing herself—Whether applicants barred from seeking Charter relief—Applicants barred from seeking Charter relief as Charter issue not raised before Board—Placing constitutional issues before Board at first instance respecting fundamental difference between administrative decision maker, reviewing court—Parliament assigning responsibility of determining merits of factual, legal issues to Board—Bypassing administrative decision makers in constitutional matters most serious—Constitutional issues only decided on basis of full, rich factual record—In context of important regulatory sector at issue herein, record neither full nor rich if insights of regulator missing—Such principles endorsed by Supreme Court of Canada in *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*; *Casimir v. Quebec (Attorney General)*; *Zorrilla v. Quebec (Attorney General)* (*Okwuobi*)—*Okwuobi* unaffected by Supreme Court decision in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*.

Practice—Parties—Standing—National Energy Board devising process to determine who could participate in larger proceeding, ruling that certain issues irrelevant, not to be considered in larger proceeding, denying applicant Donna Sinclair participation in larger proceeding—Applicant Forest Ethics not directly affected by decisions, having no direct standing to bring application—Not present state of law to allow any organization to bring application for judicial review

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Droit administratif—Pratique—L’Office national de l’énergie a élaboré un processus pour déterminer qui pourrait participer à l’instance générale, a jugé que certaines questions étaient non pertinentes et ne seraient pas examinées dans le cadre de l’instance générale, et a refusé à la demanderesse Donna Sinclair le droit de participer à l’instance générale—L’Office a exercé son pouvoir discrétionnaire concernant les droits de participation en vertu de l’art. 55.2 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie* en demandant aux participants à l’instance générale de fournir des renseignements dans un formulaire de demande de participation—Les demanderesses ont soutenu que la décision de l’Office de retirer certaines questions de l’ordre du jour était déraisonnable et violait l’art. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte), que l’art. 55.2 de la Loi porte atteinte à la garantie de liberté d’expression prévue par la Charte, et qu’il était inconstitutionnel d’empêcher la demanderesse de s’exprimer—Il s’agissait de déterminer s’il était interdit aux demanderesses de demander une réparation en vertu de la Charte—Il était interdit aux demanderesses de demander une réparation en vertu de la Charte au motif qu’elles n’avaient pas invoqué la Charte devant l’Office—La démarche consistant à saisir l’Office des questions constitutionnelles en première instance respecte la différence fondamentale entre un décideur administratif et une cour de révision—Le Parlement a confié à l’Office la responsabilité de statuer sur le fond de questions factuelles et juridiques—Le fait de court-circuiter les décideurs administratifs relativement à des questions constitutionnelles est très grave—Les questions constitutionnelles devraient uniquement être tranchées sur le fondement d’un dossier factuel riche et complet—Dans le contexte d’un secteur réglementaire important comme celui en cause en l’espèce, un dossier n’est ni complet ni riche s’il y manque les éclairages de l’organisme de réglementation—La Cour suprême a fortement approuvé ces principes dans *Okwuobi c. Commission scolaire Lester B. Pearson*; *Casimir c. Québec (Procureur général)*; *Zorrilla c. Québec (Procureur général)* (*Okwuobi*)—L’arrêt *Okwuobi* n’est pas touché par la décision rendue par la Cour suprême dans *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*.

Pratique—Parties—Qualité pour agir—L’Office national de l’énergie a élaboré un processus pour déterminer qui pourrait participer à l’instance générale, a jugé que certaines questions étaient non pertinentes et ne seraient pas examinées dans le cadre de l’instance générale, et a refusé à la demanderesse Donna Sinclair le droit de participer à l’instance générale—La demanderesse Forest Ethics n’était pas directement touchée par les décisions et n’avait pas d’intérêt direct à déposer une

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

against any decision anywhere, pre-empting others with direct, vital interests in matter.

### **Galati v. Canada (Governor General) (F.C.) . . . . . 3**

Constitutional Law—Distribution of Powers—Judicial review of decision by Governor General to grant royal assent to Bill C-24 *Strengthening Canadian Citizenship Act* (Strengthening Citizenship Act)—Strengthening Citizenship Act, s. 8 allowing Minister of Citizenship and Immigration to revoke citizenship of natural-born, naturalized Canadian citizens where citizen convicted in relation to national security or terrorism—Whether Strengthening Citizenship Act, s. 8 beyond legislative capacity of Parliament under *Constitution Act, 1867*—Strengthening Citizenship Act, s. 8 within legislative competence of Parliament under *Constitution Act, 1867*, having constitutional foundation under general power of *Constitution Act, 1867*, ss. 91, 91(25)—No common law doctrine becoming unwritten constitutional principle of inalienable right to citizenship—Proposition that citizenship is an inalienable right that cannot be defined, circumscribed or revoked having no support—While *Calvin v. Smith* (*Calvin's* case) establishing common law entitlement to citizenship based on birthplace (*jus soli*), *Calvin's* case over-taken by both common law, statute law—Neither Westminster, nor Parliament, feeling constrained by *jus soli* principle—Citizenship falling within Parliament's residual powers under opening words of s. 91, as well as under s. 91(25)—S. 91(25) complementing general power, reinforcing conclusion citizenship under authority of Parliament—Legislative competence over naturalization including competence over citizenship—Application dismissed.

Federal Court Jurisdiction—Governor General granting royal assent to Bill C-24, *Strengthening Canadian Citizenship Act*—Whether grant of royal assent justiciable; whether Governor General “federal board, commission or other tribunal” within meaning of *Federal Courts Act*, s. 2(1) when granting royal assent—Governor General's discretion to assent constrained by constitutional convention of responsible government—In granting assent, Governor General not exercising independent discretion—Act of assent legislative act, not justiciable—Whether Governor General a federal board determined by

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

demande—Le droit actuel ne prévoit pas que n'importe quel organisme peut déposer à tout moment une demande de contrôle judiciaire contre toutes sortes de décisions, damant ainsi le pion à ceux qui pourraient avoir un intérêt direct et vital dans l'affaire.

### **Galati c. Canada (Gouverneur général) (C.F.) . . . . . 3**

Droit constitutionnel—Partage des pouvoirs—Contrôle judiciaire de la décision du gouverneur général d'octroyer la sanction royale au projet de loi C-24 intitulé *Loi renforçant la citoyenneté canadienne* (Loi renforçant la citoyenneté)—L'art. 8 de la Loi renforçant la citoyenneté autorisait le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration à révoquer la citoyenneté de citoyens canadiens de naissance ou naturalisés qui sont déclarés coupables d'une infraction liée à la sécurité nationale ou au terrorisme—Il s'agissait de savoir si l'art. 8 de la Loi renforçant la citoyenneté excède la capacité législative du Parlement que confère la *Loi constitutionnelle de 1867*—L'art. 8 de la Loi renforçant la citoyenneté relève de la compétence législative que la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement et a un fondement constitutionnel dans le pouvoir général que confère les art. 91 et 91(25) de la *Loi constitutionnelle de 1867*—Aucun principe de common law n'aurait pu devenir un principe constitutionnel non écrit faisant état d'un droit inaliénable à la citoyenneté—La thèse selon laquelle la citoyenneté est un droit inaliénable que le Parlement ne peut pas définir, circonscrire ou révoquer n'a aucun appui—Bien que l'arrêt *Calvin v. Smith* (arrêt *Calvin*) ait établi un droit de common law à la citoyenneté fondé sur le lieu de naissance (*jus soli*), cet arrêt a été supplanté par la common law ainsi que par le droit statutaire—Ni Westminster ni le Parlement ne se sont sentis limités par le principe de *jus soli*—La citoyenneté relève des pouvoirs résiduels que confèrent au Parlement les premiers mots de l'art. 91 ainsi que de l'art. 91(25)—L'art. 91(25) vient compléter le pouvoir général, et il renforce la conclusion selon laquelle la citoyenneté relève de la compétence du Parlement—La compétence législative sur la naturalisation englobe la compétence sur la citoyenneté—Demande rejetée.

Compétence de la Cour fédérale—Le gouverneur général a octroyé la sanction royale au projet de loi C-24 intitulé *Loi renforçant la citoyenneté canadienne*—Il s'agissait de savoir si l'octroi de la sanction royale était justiciable et si le gouverneur général, en octroyant la sanction royale, était un « office fédéral » au sens de l'art. 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*—Le pouvoir discrétionnaire du gouverneur général d'octroyer la sanction royale est circonscrit par la convention constitutionnelle du gouvernement responsable—En octroyant la sanction, le gouverneur général n'exerce pas un pouvoir

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

source of power exercised—In granting assent, Governor General not acting under *Royal Assent Act*, but exercising constitutional responsibility under *Constitution Act*, 1867, s. 55—*Federal Courts Act*, s. 2(2) making it clear that members of House of Commons also exempt from definition of “federal board, commission or other tribunal”—Neither Minister could be joined as a respondent—Clear language, intent of *Federal Courts Act*, s. 2(1) not truncated, altered by fact member of House of Commons also cabinet minister.

### **Hamida v. Canada (Citizenship and Immigration)** **(F.C.) ..... 44**

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Humanitarian and compassionate considerations—Judicial review of immigration officer’s decision rejecting applicant’s application for permanent residence based on humanitarian and compassionate considerations (H&C application)—Applicant seeking to have decision set aside, matter referred back for reassessment—Supreme Court of Canada’s decision in *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)* published after officer’s decision—*Ezokola* upsetting long line of Federal Court case law concerning inadmissibility of refugee protection claimants on ground of complicity in crimes against humanity—Applicant’s inadmissibility constituting deciding consideration in rejection of H&C application—Applicant, Tunisian, admitted to Canada as visitor, marrying Canadian citizen—Also claiming refugee protection but claim denied given applicant’s inadmissibility—On H&C application, officer finding that considerations relating to establishment most serious humanitarian and compassionate considerations but concluding that applicant’s inadmissibility serious, reflecting Canada’s international commitments—Whether decision in *Ezokola* relevant to present matter; whether in interests of justice to make exception to principle of finality of judgments—Appropriate in this case to ask officer to reconsider decision in light of test reformulated in *Ezokola* for deeming refugee protection claim inadmissible—In *Ezokola*, Supreme Court rejecting previous case law on test for complicity; setting out new test—Issue of panel exercising discretion to lessen strict operation of *res judicata* never considered in context of decision on H&C application—Factors analysed to determine whether issue estoppel should operate herein—In light of *Ezokola*, officer’s reasoning concerning applicant’s

## SOMMAIRE (Suite)

discrétionnaire indépendant—Il s’agit d’un acte législatif non justiciable—La question de savoir si le gouverneur général est un office fédéral dépend de la source du pouvoir en question—Lorsqu’il octroie la sanction, le gouverneur général n’agit pas en vertu de la *Loi sur la sanction royale*; il exerce une responsabilité constitutionnelle qui lui est conférée par l’art. 55 de la *Loi constitutionnelle de 1867*—L’art. 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* indique clairement que les membres de la Chambre des communes échappent à la définition d’un « office fédéral »—Ni l’un ni l’autre des ministres ne peuvent être joints à titre de défendeurs—Le libellé et l’intention clairs de l’art. 2(1) ne sont ni tronqués ni modifiés par le fait qu’un membre de la Chambre des communes est également ministre du Cabinet.

### **Hamida c. Canada (Citoyenneté et Immigration)** **(C.F.) ..... 44**

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Motifs d’ordre humanitaire—Contrôle judiciaire d’une décision d’un agent d’immigration rejetant la demande de résidence permanente pour considérations d’ordre humanitaire (demande CH) du demandeur—Le demandeur voulait faire infirmer la décision et la renvoyer devant un autre agent d’immigration—L’arrêt de la Cour suprême *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* a été publié après la décision de l’agent—L’arrêt *Ezokola* a renversé la jurisprudence de longue haleine de la Cour fédérale sur l’interdiction de territoire des demandeurs d’asile pour la complicité dans la perpétration de crimes contre l’humanité—L’interdiction de territoire du demandeur était la considération déterminante dans le rejet de sa demande CH—Le demandeur, qui est Tunisien, a été admis au Canada à titre de visiteur et s’est marié avec une citoyenne canadienne—Il a également présenté une demande d’asile, mais sa demande a été rejetée en raison de son interdiction de territoire—En ce qui a trait à la demande CH, l’agent a considéré que les considérations d’ordre humanitaire les plus contraignantes pour le demandeur étaient celles reliées à l’établissement, mais a conclu que l’interdiction de territoire du demandeur était de nature sérieuse et impliquait les engagements du Canada à l’échelle internationale—Il s’agissait de savoir si l’arrêt *Ezokola* était pertinent en l’espèce et s’il était dans l’intérêt de la justice de faire exception au principe de la finalité des jugements—En l’espèce, il était approprié de demander à l’agent de reconsidérer sa décision à la lumière des critères reformulés dans l’arrêt *Ezokola* pour qualifier une demande d’asile d’irrecevable—Dans l’arrêt *Ezokola*, la Cour suprême a rejeté la jurisprudence antérieure relative à la complicité et a établi un nouveau

## CONTENTS (Continued)

inadmissibility running counter to current theories in international criminal law—Given *Ezokola*, Immigration and Refugee Board’s decision on applicant’s refugee claim violating Canada’s actual international commitments towards refugee protection claimants—Impossible to disregard power of *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 15, which resulted in finality of Board’s decision on applicant’s inadmissibility—However, given previous version of *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 25(1), wherein reasonable expectation created that H&C considerations might apply even in cases of inadmissibility, necessary to weigh inadmissibility against other relevant factors, such as H&C considerations—Applicant would no longer be found inadmissible according to reasoning in *Ezokola*; H&C application would probably have been granted—When issue estoppel applying, Court may set aside tribunal’s decision on grounds of humanitarian and compassionate considerations to allow reassessment of applicant’s situation in light of current legal tenets of fairness, justice unknown at time tribunal making decision—Application allowed.

### **Imperial Oil Resources Limited v. Canada (Attorney General) (F.C.) ..... 136**

Income Tax—Income Calculation—“Remissions”—Two judicial reviews against Minister of National Revenue relating to *Syncrude Remission Order* (SRO)—One application disputing Minister’s decision not to grant interest accrued on alleged “overpayment” of taxes paid to Canada Revenue Agency (CRA) for applicant’s 1999 taxation year; other application involving timely filing for applicant’s claim for refund interest accrued during 1996 taxation year—SRO, federal initiative, providing federal tax relief to participants in Syncrude (oil sands) Project in northern Alberta to counterbalance increased royalty charges by Albertan government—Applicants arguing that remission order same as tax overpayment refund under *Income Tax Act* (Act), s. 164; that federal government therefore owing interest on remission granted thereto for given

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

critère—La question de l’exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal dans le but d’atténuer la stricte application de l’autorité de la chose jugée n’a jamais été considérée auparavant dans le contexte d’une décision d’ordre humanitaire—Un certain nombre de facteurs ont été analysés pour déterminer si la préclusion découlant d’une question déjà tranchée devait être appliquée en l’espèce—À la lumière de l’arrêt *Ezokola*, le raisonnement de l’agent, en ce qui concerne l’interdiction de territoire du demandeur, allait à l’encontre des théories actuelles en droit pénal international—À la lumière de l’arrêt *Ezokola*, la décision de la Section de la protection des réfugiés concernant la demande d’asile du demandeur allait à l’encontre des engagements internationaux actuels du Canada à l’égard de la protection des réfugiés—Il n’était pas possible d’écarter la force de l’art. 15 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, qui fait que la décision de la SPR quant à l’interdiction de territoire du demandeur avait force de chose jugée—Toutefois, étant donné la version antérieure de l’art. 25(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* qui créait une attente raisonnable que les considérations d’ordre humanitaire s’appliqueraient même face à une interdiction de territoire, il fallait soupeser les implications d’une interdiction de territoire contre les autres éléments pertinents, soit les considérations d’ordre humanitaire—Le demandeur ne serait plus sujet à une interdiction de territoire selon le raisonnement de l’arrêt *Ezokola*; sa demande CH aurait probablement été accordée—Lors de l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, la Cour peut infirmer la décision d’un tribunal sur la base des motifs humanitaires, afin de permettre une évaluation de la situation d’un demandeur en lumière des préceptes juridiques actuels de l’équité et de la justice qui étaient inconnus au moment où le tribunal a pris sa décision—Demande accueillie.

### **Imperial Oil Resources Limited c. Canada (Procureur général) (C.F.) ..... 136**

Impôt sur le revenu—Calcul du revenu—« Remises »—Deux contrôles judiciaires présentés à l’encontre du ministre du Revenu national concernant le *Décret de remise relatif à Syncrude* (DRS)—Une des demandes contestait la décision du ministre de ne pas accorder de l’intérêt accumulé sur les prétendus « paiements en trop » d’impôt versés à l’Agence du revenu du Canada (ARC) pour l’année d’imposition 1999 de la demanderesse; l’autre demande portait sur la production dans les délais de la demande d’intérêts sur remboursement qui auraient couru au cours de l’année d’imposition 1996—Le DRS, une initiative du gouvernement fédéral, accorde un certain allègement de l’impôt fédéral aux participants au projet Syncrude (sables bitumineux) dans le Nord de l’Alberta, pour contrebalancer les redevances plus élevées prescrites par le

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

year—Minister arguing no interest owed on remissions since constituting tax liabilities relieved by CRA; remissions not considered “overpayments” as defined by Act, s. 164—Both applicants involved in exploration for, production of petroleum, natural gas, etc.—SRO enacted under *Financial Administration Act* (FAA), s. 17(1)—Whether applicants entitled to refund interest for 1999 taxation year computed in accordance with Act, ss. 164, 248(11); whether application relating to 1996 taxation year filed within time limitation set out in *Federal Courts Act*, s. 18.1(2) or alternatively whether deadline for filing application should be extended to date application in fact filed—Remission order, such as SRO, not contract or agreement but exceptional measure available for granting relief to taxpayer when desired result not achievable within tax legislation—Minister properly determining that applicants not entitled to refund interest on remission—Applicants’ argument Minister acting in statutory power under Act when deciding to apply SRO payments against applicants’ tax liability rejected—Under Act, Minister not having power to remit taxes payable; in this case, power granted by SRO—Taxpayer’s duty to pay taxes arising from Act whereas Minister’s power, duty to remit portion of taxes paid or payable arising from FAA—FAA not providing for payment of interest on amounts that would remain outstanding once all amounts due, payable by both parties offset should balance favour taxpayer—As to 1996 taxation year, applicants’ application time-barred; not filed until seven years after Minister first communicating decision to applicants; therefore, application could not proceed—No reasons to justify granting extension to filing deadline—Minister’s June 2003 notice of reassessment informing applicants not entitled to refund interest for 1996 taxation year treated as decision—Time for filing application for judicial review not extended by filing notice of objection under Act—Remission granted by authority of FAA—Consequently, CRA having no authority to reconsider Minister’s decision under provisions for objection to assessment made under Act—At best, notice of objection amounting to improper request that Minister reconsider determination; not extending time for filing application for judicial review—Applications dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

gouvernement de l’Alberta—Les demanderesse ont fait valoir qu’une remise aux termes du décret de remise équivalait à un remboursement de paiements en trop d’impôt prescrit par l’art. 164 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (la Loi); le gouvernement fédéral devait donc de l’intérêt sur la remise accordée aux demanderesse pour une année donnée—Le ministre a soutenu qu’aucun intérêt n’était dû sur les remises puisque celles-ci constituent des dettes fiscales exemptées par l’ARC; les remises ne sont pas considérées comme des « paiements en trop » tels qu’ils sont définis par l’art. 164 de la Loi—Les deux demanderesse sont actives dans l’exploration et la production de pétrole, de gaz naturel, etc.—Le DRS a été promulgué en vertu de l’art. 17(1) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* (LGFP)—Il s’agissait de savoir si les demanderesse avaient droit aux intérêts sur remboursement pour l’année d’imposition 1999 calculés conformément aux art. 164 et 248(11) de la Loi; si la demande relative à l’année d’imposition 1996 a été produite dans les délais prescrits à l’art. 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* ou subsidiairement, si le délai pour déposer la demande devrait être prorogé à la date où la demande a été effectivement déposée—Un décret de remise, comme le DRS, ne constitue pas un contrat ou un accord, mais une mesure exceptionnelle disponible pour accorder un allègement au contribuable lorsque le résultat souhaité ne peut être obtenu dans le cadre des lois fiscales—Le ministre a à bon droit déterminé que les demanderesse n’avaient pas droit aux intérêts sur remboursement lors de la remise—L’argument des demanderesse selon lequel le ministre a agi selon les pouvoirs que la loi lui confère lorsqu’il décide d’appliquer les paiements du DRS aux dettes fiscales des demanderesse a été rejeté—En vertu de la Loi, le ministre n’a pas le pouvoir de remettre l’impôt payable; en l’espèce, ce pouvoir est accordé par le DRS—L’obligation du contribuable de payer l’impôt découle de la Loi alors que le pouvoir et l’obligation du ministre de remettre une partie de l’impôt payé ou payable découlent de la LGFP—La LGFP ne prévoit pas le versement d’intérêts sur des montants qui demeureraient en suspens une fois que tous les montants dus et payables par les deux parties sont compensés, si la répartition devait favoriser le contribuable—Quant à l’année d’imposition 1996, la demande faite par les demanderesse était frappée de prescription; elle a été déposée plus de sept ans après que le ministre eut initialement communiqué sa décision aux demanderesse; par conséquent, la demande ne pouvait être traitée—Il n’y avait aucune raison de justifier l’octroi d’une prorogation du délai de production—L’avis de nouvelle cotisation du ministre de juin 2003 informant les demanderesse qu’elles n’avaient pas droit aux intérêts sur remboursement pour l’année d’imposition 1996 valait décision—Le délai de présentation d’une

*Suite à la page suivante*



**Najafi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.A.)** ..... 162

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division decision finding appellant inadmissible pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, ss. 34(1)(b),(f)—Division finding reasonable grounds to believe that appellant was or had been member of Kurdish Democratic Party of Iran (KDPI); that KDPI having engaged in or instigated subversion by force of Iranian government—Question as to whether Canada’s international law obligations requiring Division, in interpreting Act, s. 34(1)(b), to exclude from inadmissibility those who participate in organization that uses force in attempt to subvert government in furtherance of oppressed people’s claimed right to self-determination certified—Division concluding reasonable grounds to believe that appellant, Kurdish Iranian, de facto member of KDPI within broad meaning of term “member” in Act, s. 34(1)(f)—Federal Court upholding that decision—Issues: how to answer certified question; how to interpret Act, s. 34(1)(b)—Only international human rights instrument to which Canada signatory within meaning of Act, s. 3(3)(f) relevant in present case was *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*—Neither Protocol I nor Geneva Conventions requiring signatories to grant any type of immigration status to oppressed people fighting for self-determination in particular; no such provision existing—Hence, by setting out inadmissibility provision such as Act, s. 34(1)(b), Canada not violating Protocol I or Geneva Conventions—Regarding interpretation of Act, s. 34(1)(b), word “subversion” not defined therein; no universally adopted definition of term—In provision at issue, word “subversion” must be read in context of expression “subversion by force of any government” (in French: “*actes visant au renversement d’un gouvernement par la force*”)—Words “subversion by force of any government” (emphasis added) not on face implying qualification of any

*Continued on next page*

demande de contrôle judiciaire n’est pas prorogé par la production d’un avis d’opposition en vertu de la Loi—La remise est accordée en vertu de la LGFP—Par conséquent, l’ARC n’avait pas le pouvoir de réexaminer la décision du ministre en vertu des dispositions en cas d’opposition à la cotisation calculée en vertu de la Loi—Dans le meilleur des cas, l’avis d’opposition équivalait à une demande incorrecte faite au ministre de réexaminer sa décision; il n’avait pas pour effet de proroger le délai pour présenter la demande de contrôle judiciaire—Demandes rejetées.

**Najafi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.A.F.)** ..... 162

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire d’une décision de la Section de l’immigration (SI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié selon laquelle l’appelant était interdit de territoire conformément aux art. 34(1)(b) et (f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—La SI a conclu qu’il y avait des motifs raisonnables de croire que l’appelant est ou avait été membre du Parti démocratique kurde d’Iran (PDKI) et que le PDKI avait été l’auteur d’actes visant au renversement du gouvernement iranien par la force ou y avait participé—La question de savoir si les obligations du Canada, en matière de droit international, obligent la Section de l’immigration, lors de son interprétation de l’art. 34(1)(b) de la Loi d’exclure de l’interdiction de territoire ceux qui participent aux activités d’une organisation qui utilise la force dans une tentative de renverser un gouvernement en vue de faire avancer le droit revendiqué par un peuple opprimé à l’autodétermination a été certifiée—La SI a conclu qu’il y avait des motifs raisonnables de croire que l’appelant, un citoyen iranien d’origine kurde, était un membre de fait du PDKI au sens large du terme « membre » à l’art. 34(1)(f) de la Loi—La Cour fédérale a confirmé cette décision—Il s’agissait de déterminer de quelle façon répondre à la question certifiée et interpréter l’art. 34(1)(b) de la Loi—Le seul instrument international portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire au sens de l’art. 3(3)(f) de la Loi qui était pertinent en l’espèce est le *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*—Ni le Protocole I ni les Conventions de Genève n’obligent les signataires à accorder quelque type de statut d’immigrant que ce soit aux personnes opprimées qui revendiquent le droit à l’autodétermination, et il n’existe aucune disposition de ce genre—Par conséquent, en adoptant une disposition sur l’interdiction de territoire comme l’art. 34(1)(b) de la Loi, le

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

kind with respect to government in question—Parliament intending expression “subversion by force of any government” in s. 34(1)(b) to have broad application with respect to inadmissibility stage—Language of Act, s. 34(1)(b) clear—Given overall legal context examined, s. 34(1)(b) should not be construed as encompassing only use of force not legitimate or lawful pursuant to international law—Division’s interpretation clearly reasonable; certified question answered negatively—Appeal dismissed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Fundamental Freedoms—Federal Court dismissing judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division decision regarding appellant’s inadmissibility—Division not accepting appellant’s argument that *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 34(1)(f) having to be construed, read down to avoid violation of appellant’s freedom of association under Charter, s. 2(d)—Whether Division could reasonably construe word “organization” used in Act, s. 34(1)(f) as excluding Kurdish Democratic Party of Iran which appellant member thereof in absence of constitutional challenge to validity of provision—Having considered words of Act, s. 34(1)(f) read in entire context in particular, considering Parliament’s intention to comply with Charter, Division could not reasonably construe word “organization” as excluding organization operating in Canada whose activities lawful in Canada, which organization not engaging abroad in any illicit activities of kind set out in Act, s. 34(1)(b) while person member thereof.

### **Pfizer Canada Inc. v. Canada (Attorney General)** **(F.C.) ..... 235**

Patents—Judicial review seeking to set aside decision of respondent Minister of Health (Minister) awarding early notice of compliance (NOC) to respondent Teva Canada Limited (Teva) for pharmaceutical, bioequivalent of drug applicant holding patent rights for pursuant to *Patented Medicines*

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Canada ne viole pas le Protocole I ni les Conventions de Genève—En ce qui concerne l’interprétation de l’art. 34(1)(b), l’expression « renversement par la force » n’est pas définie dans la Loi et il n’existe aucune définition universelle—Dans la disposition en cause, l’expression « renversement par la force » doit être interprétée dans le contexte « d’actes visant au renversement d’un gouvernement par la force »—L’expression « actes visant au renversement d’un gouvernement par la force » (non souligné dans l’original) ne laisse pas entendre à première vue une qualification de quelque sorte que ce soit du gouvernement en question—Le législateur entendait que l’expression « actes visant au renversement d’un gouvernement par la force » à l’art. 34(1)(b) soit appliquée largement à l’étape de la détermination de l’interdiction de territoire—Le libellé de l’art. 34(1)(b) est clair—Compte tenu du contexte juridique général examiné, l’art. 34(1)(b) ne devrait pas être interprété comme englobant seulement l’utilisation d’une force illégitime ou illégale en vertu du droit international—L’interprétation de la SI était clairement raisonnable et la réponse à la question certifiée était négative—Appel rejeté.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Libertés fondamentales—La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire d’une décision de la Section de l’immigration (SI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié selon laquelle l’appelant était interdit de territoire—La SI a rejeté l’argument de l’appelant selon lequel l’art. 34(1)(f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* devrait être interprété de manière à éviter une violation de son droit à la liberté d’association garanti par l’art. 2(d) de la Charte—Il s’agissait de déterminer si la SI pouvait raisonnablement interpréter le mot « organisation » à l’art. 34(1)(f) comme excluant le Parti démocratique kurde d’Iran dont l’appelant était membre en l’absence d’une contestation constitutionnelle de la validité de cette disposition—Ayant examiné les termes à l’art. 34(1)(f) dans l’ensemble de leur contexte et ayant pris en compte l’intention du législateur de se conformer à la Charte, la SI ne pouvait pas raisonnablement interpréter le mot « organisation » comme excluant une organisation au Canada dont les activités sont légales au Canada et qui n’a pas participé à l’étranger à des activités illicites du genre de celles énoncées à l’art. 34(1)(b) alors que la personne visée en était membre.

### **Pfizer Canada Inc. c. Canada (Procureur général)** **(C.F.) ..... 235**

Brevets—Demande de contrôle judiciaire visant à infirmer la décision du défendeur le ministre de la Santé (le ministre) d’accorder un avis de conformité (AC) anticipé à la défenderesse Teva Canada Limited (Teva) relativement à un médicament qui est la version pharmaceutique et bioéquivalente d’un

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

*(Notice of Compliance) Regulations* (PMNOC Regulations), ss. 3, 4—Amendments to Guidance Document, *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* allowing Minister to issue early NOC if company licensed to sell drug by another company that has previously complied with PMNOC Regulations, s. 5—Applicant selling exemestane under brand name AROMASIN, Patent No. 2409059 ('059 patent)—Teva filing administrative abbreviated new drug submission (ANDS) based on licensing agreement with generic company—NOC issued to Teva showing AROMASIN as Canadian reference product—Applicant submitting, *inter alia*, that Minister prohibited from issuing NOC to Teva under PMNOC Regulations, arguing that clear wording of regulations, authorities supporting its position as Teva made comparison to AROMASIN in submission, falling within scope of PMNOC Regulations, s. 5(1)—Whether Minister correctly interpreting PMNOC Regulations—Governor in Council not intending that Health Canada officials be the ones to determine question at issue herein—Minister having no discretion under PMNOC Regulations to issue NOC until criteria in PMNOC Regulations, s. 7 met—Ultimate determination of whether NOC should be issued under PMNOC Regulations left to Court—Minister incorrect in issuing NOC to Teva—Clear that Teva's NOC based on direct comparison of its drug to AROMASIN or on indirect comparison of its drug to AROMASIN by piggy-backing on generic company's comparison—Such comparisons engaging PMNOC Regulations, s. 5(1)—Minister could not issue NOC until Teva addressed '059 patent pursuant to PMNOC Regulations, s. 7—Application allowed.

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Judicial review seeking to set aside decision of respondent Minister of Health (Minister) awarding early notice of compliance (NOC) to respondent Teva Canada Limited (Teva) for pharmaceutical, bioequivalent of drug that applicant producing, holding patent rights for pursuant to *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (PMNOC Regulations), ss. 3, 4—Amendments to Guidance Document, *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* allowing Minister to issue early NOC if company licensed to

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

médicament que fabrique la demanderesse et pour lequel celle-ci détient des droits de brevet en vertu des art. 3 et 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement)—Les modifications apportées à la Ligne directrice : *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* autorisent le ministre à délivrer des AC anticipés à la condition que la société en question ait été autorisée à vendre ce médicament par une autre société qui s'est déjà conformée à l'art. 5 du Règlement—La demanderesse vend de l'exémestane sous le nom de marque AROMASIN, sous le numéro de brevet 2409059 (le brevet '059)—Teva a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) administrative en se fondant sur un contrat de licence conclu avec un fabricant de médicaments génériques—L'AC délivré à Teva indique que l'AROMASIN est le produit de référence canadien—La demanderesse a soutenu, entre autres, qu'il était interdit au ministre de délivrer l'AC à Teva en vertu du Règlement, faisant valoir que le libellé clair de ce dernier et la jurisprudence étayaient sa position, car Teva avait fait une comparaison avec l'AROMASIN dans sa présentation, ce qui la faisait tomber sous le coup de l'art. 5(1) du Règlement—Il s'agissait de déterminer si le ministre a interprété correctement le Règlement—Le gouverneur en conseil n'envisageait pas que la détermination de cette question soit laissée au soin de fonctionnaires de Santé Canada en l'espèce—Le Règlement ne confère pas au ministre le pouvoir discrétionnaire de délivrer un AC avant que l'on satisfasse aux critères énoncés à l'art. 7 du Règlement—Il revient à la Cour fédérale de déterminer en fin de compte s'il y a lieu de délivrer un AC sous le régime du Règlement—Le ministre a commis une erreur en délivrant l'AC à Teva—Il était évident que Teva sollicitait un AC en se fondant sur une comparaison directe de son produit avec l'AROMASIN ou sur une comparaison indirecte de son médicament avec l'AROMASIN en se greffant à la comparaison du fabricant de médicaments génériques—De telles comparaisons mettent en cause l'art. 5(1) du Règlement—Aux termes de l'art. 7 du Règlement, le ministre ne pouvait pas délivrer à Teva un AC avant qu'elle ne traite du brevet '059—Demande accueillie.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle—Demande de contrôle judiciaire visant à infirmer la décision du défendeur le ministre de la Santé (le ministre) d'accorder un avis de conformité (AC) anticipé à la défenderesse Teva Canada Limited (Teva) relativement à un médicament qui est la version pharmaceutique et bioéquivalente d'un médicament que fabrique la demanderesse et pour lequel celle-ci détient des droits de brevet en vertu des art. 3 et 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement)—Les modifications apportées à la Ligne

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

sell drug by another company that has previously complied with PMNOC Regulations, s. 5—Applicant selling exemestane under brand name AROMASIN—Teva filing administrative abbreviated new drug submission (ANDS) based on licensing agreement with generic company—NOC issued to Teva showing AROMASIN as Canadian reference product—Whether correctness or reasonableness standard applying to Minister’s decision awarding NOC to Teva—Correctness standard applicable to Minister’s decision, interpretation of PMNOC Regulations despite recent Supreme Court of Canada (S.C.C.) case law mandating greater degree of deference by reviewing courts—Minister or Health Canada officials not to be afforded deference in interpreting PMNOC Regulations—S.C.C. decision in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)* (CN) not to be read so broadly as establishing fixed rule limiting ways to rebut presumption of reasonableness—S.C.C. confirming need for contextual analysis in appropriate cases—CN not deciding no longer any place for contextual analysis in standard of review case—Governor in Council not intending that Health Canada officials be the ones to determine question at issue herein—Presumption of applicability of reasonableness standard of review therefore rebutted, correctness standard applicable to review of Health Canada’s decision to issue NOC.

## SOMMAIRE (Fin)

directrice : *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* autorisent le ministre à délivrer des AC anticipés à la condition que la société en question ait été autorisée à vendre ce médicament par une autre société qui s’est déjà conformée à l’art. 5 du Règlement—La demanderesse vend de l’exémestane sous le nom de marque AROMASIN—Teva a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) administrative en se fondant sur un contrat de licence conclu avec un fabricant de médicaments génériques—L’AC délivré à Teva indique que l’AROMASIN est le produit de référence canadien—Il s’agissait de déterminer s’il convient d’appliquer la norme de la décision correcte ou celle de la raisonabilité au contrôle judiciaire de la décision prise par le ministre d’accorder un AC à Teva—La norme de la décision correcte s’appliquait à la décision du ministre et à l’interprétation du Règlement malgré la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada (C.S.C.), qui oblige les cours de révision à faire preuve de plus de déférence—L’interprétation du Règlement n’est pas une question pour laquelle il y a lieu de faire preuve de déférence envers le ministre ou les fonctionnaires de Santé Canada—La décision rendue par la C.S.C. dans l’arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)* (CN) ne doit pas être interprétée de manière large au point d’établir une règle fixe limitant la possibilité de réfuter la présomption de raisonabilité—La C.S.C. a confirmé qu’il était nécessaire d’effectuer une analyse contextuelle dans les cas appropriés—On ne peut pas considérer que l’arrêt CN décide qu’il n’y a plus lieu d’effectuer une telle analyse dans une affaire mettant en cause la norme de contrôle applicable—Le gouverneur en conseil n’envisageait pas que la détermination de cette question soit laissée au soin de fonctionnaires de Santé Canada—La présomption d’applicabilité de la norme de la raisonabilité a donc été réfutée en l’espèce et la norme de la décision correcte a été appliquée au contrôle de la décision qu’a prise Santé Canada de délivrer un AC.

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Ishaq v. Canada (Citizenship and Immigration)*, T-75-14, 2015 FC 156, which will be published in the *Federal Courts Reports*, has been affirmed on appeal (A-124-15, 2015 FCA 194), reasons for judgment handed down September 15, 2015.

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for leave to appeal*

*Johnson v. Canada*, A-170-14, 2015 FCA 52, Webb J.A., judgment dated February 23, 2015, leave to appeal to S.C.C. refused August 28, 2015.

*Johnson v. Canada*, A-370-13, 2015 FCA 51, Webb J.A., judgment dated February 23, 2015, leave to appeal to S.C.C. refused August 28, 2015.

*Lingying v. Canada (Citizenship and Immigration)*, IMM-7368-14, Zinn J., order dated February 23, 2015, leave to appeal to S.C.C. refused August 28, 2015.

*Quarmby v. Canada (Attorney General)*, 14-A-62, Nadon, Ryer and Webb J.J.A., order dated January 23, 2015, leave to appeal to S.C.C. refused September 11, 2015.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Ishaq c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, T-75-14, 2015 CF 156, qui sera publiée dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*, a été confirmée en appel (A-124-15, 2015 CAF 194), les motifs du jugement ayant été prononcés le 15 septembre 2015.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Johnson c. Canada*, A-170-14, 2015 CAF 52, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 23 février 2015, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 28 août 2015.

*Johnson c. Canada*, A-370-13, 2015 CAF 51, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 23 février 2015, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 28 août 2015.

*Lingying c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, IMM-7368-14, le juge Zinn, ordonnance en date du 23 février 2015, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 28 août 2015.

*Quarmby c. Canada (Procureur général)*, 14-A-62, les juges Nadon, Ryer et Webb, J.C.A., ordonnance en date du 23 janvier 2015, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 10 septembre 2015.



**Federal Courts  
Reports**

**2015, Vol. 4, Part 1**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2015, Vol. 4, 1<sup>er</sup> fascicule**





T-1476-14  
2015 FC 91

T-1476-14  
2015 CF 91

**Rocco Galati, Manuel Azevedo and Constitutional Rights Centre Inc. (*Applicants*)**

**Rocco Galati, Manuel Azevedo et le Centre de droit constitutionnel Inc. (*demandeurs*)**

v.

c.

**His Excellency the Right Honourable Governor General David Johnston, the Honourable Chris Alexander, Minister of Citizenship and Immigration, the Attorney General of Canada and the Minister of Justice (*Respondents*)**

**Son Excellence le très honorable gouverneur général David Johnston, l'honorable Chris Alexander, ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, le procureur général du Canada et le ministre de la Justice (*défendeurs*)**

**INDEXED AS: GALATI v. CANADA (GOVERNOR GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : GALATI c. CANADA (GOUVERNEUR GÉNÉRAL)**

Federal Court, Rennie J.—Toronto, October 23, 2014; Ottawa, January 22, 2015.

Cour fédérale, juge Rennie—Toronto, 23 octobre 2014; Ottawa, 22 janvier 2015.

*Constitutional Law — Distribution of Powers — Judicial review of decision by Governor General to grant royal assent to Bill C-24 Strengthening Canadian Citizenship Act (Strengthening Citizenship Act) — Strengthening Citizenship Act, s. 8 allowing Minister of Citizenship and Immigration to revoke citizenship of natural-born, naturalized Canadian citizens where citizen convicted in relation to national security or terrorism — Whether Strengthening Citizenship Act, s. 8 beyond legislative capacity of Parliament under Constitution Act, 1867 — Strengthening Citizenship Act, s. 8 within legislative competence of Parliament under Constitution Act, 1867, having constitutional foundation under general power of Constitution Act, 1867, ss. 91, 91(25) — No common law doctrine becoming unwritten constitutional principle of inalienable right to citizenship — Proposition that citizenship is an inalienable right that cannot be defined, circumscribed or revoked having no support — While Calvin v. Smith (Calvin's case) establishing common law entitlement to citizenship based on birthplace (jus soli), Calvin's case over-taken by both common law, statute law — Neither Westminster, nor Parliament, feeling constrained by jus soli principle — Citizenship falling within Parliament's residual powers under opening words of s. 91, as well as under s. 91(25) — S. 91(25) complementing general power, reinforcing conclusion citizenship under authority of Parliament — Legislative competence over naturalization including competence over citizenship — Application dismissed.*

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Contrôle judiciaire de la décision du gouverneur général d'octroyer la sanction royale au projet de loi C-24 intitulé Loi renforçant la citoyenneté canadienne (Loi renforçant la citoyenneté) — L'art. 8 de la Loi renforçant la citoyenneté autorisait le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration à révoquer la citoyenneté de citoyens canadiens de naissance ou naturalisés qui sont déclarés coupables d'une infraction liée à la sécurité nationale ou au terrorisme — Il s'agissait de savoir si l'art. 8 de la Loi renforçant la citoyenneté excède la capacité législative du Parlement que confère la Loi constitutionnelle de 1867 — L'art. 8 de la Loi renforçant la citoyenneté relève de la compétence législative que la Loi constitutionnelle de 1867 confère au Parlement et a un fondement constitutionnel dans le pouvoir général que confère les art. 91 et 91(25) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Aucun principe de common law n'aurait pu devenir un principe constitutionnel non écrit faisant état d'un droit inaliénable à la citoyenneté — La thèse selon laquelle la citoyenneté est un droit inaliénable que le Parlement ne peut pas définir, circonscrire ou révoquer n'a aucun appui — Bien que l'arrêt Calvin v. Smith (arrêt Calvin) ait établi un droit de common law à la citoyenneté fondé sur le lieu de naissance (jus soli), cet arrêt a été supplanté par la common law ainsi que par le droit statutaire — Ni Westminster ni le Parlement ne se sont sentis limités par le principe de jus soli — La citoyenneté relève des pouvoirs résiduels que confèrent au Parlement les premiers mots de l'art. 91 ainsi que de l'art. 91(25) — L'art. 91(25) vient compléter le pouvoir général, et il renforce la conclusion selon laquelle la citoyenneté relève de la compétence du Parlement — La compétence législative sur la naturalisation englobe la compétence sur la citoyenneté — Demande rejetée.*

*Federal Court Jurisdiction — Governor General granting royal assent to Bill C-24, Strengthening Canadian Citizenship Act — Whether grant of royal assent justiciable; whether Governor General “federal board, commission or other tribunal” within meaning of Federal Courts Act, s. 2(1) when granting royal assent — Governor General’s discretion to assent constrained by constitutional convention of responsible government — In granting assent, Governor General not exercising independent discretion — Act of assent legislative act, not justiciable — Whether Governor General a federal board determined by source of power exercised — In granting assent, Governor General not acting under Royal Assent Act, but exercising constitutional responsibility under Constitution Act, 1867, s. 55 — Federal Courts Act, s. 2(2) making it clear that members of House of Commons also exempt from definition of “federal board, commission or other tribunal” — Neither Minister could be joined as a respondent — Clear language, intent of Federal Courts Act, s. 2(1) not truncated, altered by fact member of House of Commons also cabinet minister.*

This was an application for judicial review of the decision by the Governor General of Canada to grant royal assent to Bill C-24, the *Strengthening Canadian Citizenship Act* (Strengthening Citizenship Act).

Section 8 of the Strengthening Citizenship Act amended the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 by allowing the Minister of Citizenship and Immigration to revoke the citizenship of natural-born and naturalized Canadian citizens where a citizen has a conviction relating to national security or terrorism. The applicants argued, *inter alia*, that section 8 of the Strengthening Citizenship Act is beyond the legislative competence of Parliament under the *Constitution Act, 1867*, that its competence was confined to aliens and naturalization under subsection 91(25) of the *Constitution Act, 1867*, that citizenship is an immutable and inalienable right that cannot be revoked by legislation, and that the Governor General exceeded the scope of his discretion under the Crown prerogative, as well as his authority under the *Royal Assent Act* in granting royal assent to the Strengthening Citizenship Act. The applicants requested that the Governor General refuse to grant royal assent to the Strengthening Citizenship Act.

The main issues were whether the Governor General’s grant of royal assent is justiciable, whether the Governor General, in granting royal assent, was a “federal board, commission or other tribunal” within the meaning of subsection

*Compétence de la Cour fédérale — Le gouverneur général a octroyé la sanction royale au projet de loi C-24 intitulé Loi renforçant la citoyenneté canadienne — Il s’agissait de savoir si l’octroi de la sanction royale était justiciable et si le gouverneur général, en octroyant la sanction royale, était un « office fédéral » au sens de l’art. 2(1) de la Loi sur les Cours fédérales — Le pouvoir discrétionnaire du gouverneur général d’octroyer la sanction royale est circonscrit par la convention constitutionnelle du gouvernement responsable — En octroyant la sanction, le gouverneur général n’exerce pas un pouvoir discrétionnaire indépendant — Il s’agit d’un acte législatif non justiciable — La question de savoir si le gouverneur général est un office fédéral dépend de la source du pouvoir en question — Lorsqu’il octroie la sanction, le gouverneur général n’agit pas en vertu de la Loi sur la sanction royale; il exerce une responsabilité constitutionnelle qui lui est conférée par l’art. 55 de la Loi constitutionnelle de 1867 — L’art. 2(2) de la Loi sur les Cours fédérales indique clairement que les membres de la Chambre des communes échappent à la définition d’un « office fédéral » — Ni l’un ni l’autre des ministres ne peuvent être joints à titre de défendeurs — Le libellé et l’intention clairs de l’art. 2(1) ne sont ni tronqués ni modifiés par le fait qu’un membre de la Chambre des communes est également ministre du Cabinet.*

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire de la décision du gouverneur général du Canada d’octroyer la sanction royale au projet de loi C-24, intitulé *Loi renforçant la citoyenneté canadienne* (Loi renforçant la citoyenneté).

L’article 8 de la Loi renforçant la citoyenneté a apporté des modifications à la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 en autorisant le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration à révoquer la citoyenneté de citoyens canadiens de naissance ou naturalisés qui sont déclarés coupables d’une infraction liée à la sécurité nationale ou au terrorisme. Les demandeurs ont soutenu, entre autres, que l’article 8 de la Loi renforçant la citoyenneté excède la compétence législative que la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement, que sa compétence se limitait aux « aubains » et à la naturalisation, aux termes du paragraphe 91(25) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, que la citoyenneté est un droit immuable et inaliénable qu’aucune loi ne peut révoquer et qu’en octroyant la sanction royale à la Loi renforçant la citoyenneté, le gouverneur général a outrepassé le cadre du pouvoir discrétionnaire que lui confère la prérogative royale, de même que le pouvoir que lui accorde la *Loi sur la sanction royale*. Les demandeurs ont demandé que le gouverneur général refuse d’octroyer la sanction royale à la Loi renforçant la citoyenneté.

Il s’agissait principalement de savoir si l’octroi, par le gouverneur général, de la sanction royale était justiciable; si le gouverneur général, en octroyant la sanction royale, était un « office fédéral » au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les*

2(1) of the *Federal Courts Act*, and whether section 8 of the Strengthening Citizenship Act is beyond the legislative capacity of Parliament under the *Constitution Act, 1867*.

*Held*, the application should be dismissed.

The courts cannot intervene in the legislative process. They exercise a supervisory jurisdiction once a law has been enacted. Until that time, a court cannot review, enjoin or otherwise engage in the legislative process unless asked by way of a reference framed under the relevant legislation. While section 55 of the *Constitution Act, 1867* confers discretion on the Governor General whether to assent, that discretion is wholly constrained by the constitutional convention of responsible government. In granting assent, the Governor General does not exercise an independent discretion. He acts on the advice of the Prime Minister. Assent must be given to a bill that has passed both Houses of Parliament; to withhold assent would be inconsistent with the principles of responsible government. The act of assent, although originally a prerogative power, remains a legislative act and therefore not justiciable. It is the act of the Sovereign, represented in Canada by the Governor General, which moves a bill from the political, legislative process into the realm of normative law. The Governor General may signify royal assent in writing. It is a legislative act and not justiciable. The application failed on this basis alone.

Whether the Governor General, in granting royal assent, is a federal board is determined by the source or origin of the power exercised. The power of assent is derived from the *Constitution Act, 1867*. The provenance of the power to grant or withhold assent lies in the royal prerogative, but that power is now embedded in section 55 of the *Constitution Act, 1867*, and how that prerogative is exercised is constrained by constitutional convention. In granting assent, the Governor General is not acting under the *Royal Assent Act*, but is exercising a constitutional responsibility vested in him under section 55 of the *Constitution Act, 1867*. Subsection 2(2) of the *Federal Courts Act* makes it clear that members of the House of Commons are also exempt from the definition of “federal board, commission or other tribunal” found in subsection 2(1) of the *Federal Courts Act*. As members of the House of Commons, neither Minister could be joined as a respondent. The result is no different simply because a Member of Parliament also holds a Cabinet portfolio. The clear language and intent of subsection 2(1) is neither truncated nor altered by the fact that a member of the House of Commons is also a cabinet minister.

*Cours fédérales*; et si l'article 8 de la Loi renforçant la citoyenneté excède la capacité législative du Parlement que confère la *Loi constitutionnelle de 1867*.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

Les tribunaux ne peuvent pas intervenir dans le processus législatif. Ils exercent un pouvoir de surveillance une fois qu'une loi a été adoptée. Avant ce moment-là, un tribunal ne peut pas soumettre le processus législatif à un contrôle ou s'y immiscer, sauf si on lui en fait la demande par un renvoi formulé en vertu de la loi pertinente. Bien que l'article 55 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au gouverneur général le pouvoir discrétionnaire d'octroyer la sanction ou non, ce pouvoir est entièrement circonscrit par la convention constitutionnelle du gouvernement responsable. En octroyant la sanction, le gouverneur général n'exerce pas un pouvoir discrétionnaire indépendant. Il agit sur l'avis du premier ministre. Il est obligatoire de sanctionner un projet de loi qui a franchi les étapes des deux Chambres du Parlement; refuser d'octroyer la sanction serait incompatible avec les principes du gouvernement responsable. L'acte de la sanction, même s'il s'agissait au départ d'une prérogative, demeure un acte législatif et n'est donc pas justiciable. C'est l'acte du souverain, représenté au Canada par le gouverneur général, qui fait passer un projet de loi du processus législatif, politique, au domaine du droit normatif. Le gouverneur général peut signifier la sanction royale par écrit. Il s'agit d'un acte législatif et non justiciable. La demande devait échouer sur ce seul fondement.

La question de savoir si le gouverneur général, lorsqu'il octroie la sanction royale, est un office fédéral dépend de la source du pouvoir en question. Le pouvoir de sanction découle de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La source du pouvoir d'octroyer ou de refuser la sanction réside dans la prérogative royale, mais ce pouvoir est maintenant ancré à l'article 55 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et la manière d'exercer cette prérogative est limitée par convention constitutionnelle. Lorsqu'il octroie la sanction, le gouverneur général n'agit pas en vertu de la *Loi sur la sanction royale*; il exerce une responsabilité constitutionnelle qui lui est conférée par l'article 55 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le paragraphe 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* indique clairement que les membres de la Chambre des communes échappent à la définition d'un « office fédéral » qui se trouve au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*. En tant que députés, ni l'un ni l'autre des ministres ne peuvent être joints à titre de défendeurs. Le résultat n'est pas différent juste parce qu'un membre du Parlement détient également un portefeuille du Cabinet. Le libellé et l'intention clairs du paragraphe 2(1) ne sont ni tronqués ni modifiés par le fait qu'un membre de la Chambre des communes est également ministre du Cabinet.

Section 8 of the Strengthening Citizenship Act is within the legislative competence of Parliament under the *Constitution Act, 1867*, and has a constitutional foundation in both the general power of section 91 as well as subsection 91(25) of the *Constitution Act, 1867*. There was no common law doctrine extant at Confederation which, through the preamble to the *Constitution Act, 1867*, could become an unwritten constitutional principle of an inalienable right to citizenship. Since no such right existed it therefore could not then have been “frozen and constitutionalized” upon the patriation of the *Constitution Act, 1867*. The proposition that citizenship is an inalienable right that cannot be defined, circumscribed or revoked by Parliament has no support. While the applicants were correct in asserting that *Calvin v. Smith* (*Calvin’s case*) established a common law entitlement to citizenship based on birthplace (*jus soli*), *Calvin’s case* was overtaken by both the common law and statute law. A historical survey of the legislative treatment of nationality and citizenship demonstrated that neither Westminster, nor Parliament, felt constrained by the *jus soli* principle. Nationality or citizenship could be lost, in some cases, retroactively, by conduct, absence from the country, and marriage. Citizenship is a creature of statute. The Federal Court of Appeal and the Supreme Court of Canada have made it clear that there is no independent or free-standing right to citizenship except as accorded by sections 3 to 6 of the *Citizenship Act*. Citizenship clearly falls within Parliament’s residual powers under the opening words of section 91 (peace, order, and good government), as well as subsection 91(25). Subsection 91(25) complements the general power, and reinforces the conclusion that all aspects of citizenship are within the exclusive and plenary authority of Parliament. It is implicit that legislative competence over naturalization includes competence over citizenship.

L’article 8 de la Loi renforçant la citoyenneté relève de la compétence législative que la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement, et il a un fondement constitutionnel à la fois dans le pouvoir général que confère l’article 91 et dans le paragraphe 91(25) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il n’y avait aucun principe de common law existant à l’époque de la Confédération qui, par le truchement du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, aurait pu devenir un principe constitutionnel non écrit faisant état d’un droit inaliénable à la citoyenneté. Comme il n’existait aucun droit de cette nature, il n’aurait donc pas pu être « figé et constitutionnalisé » au moment du rapatriement de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La thèse selon laquelle la citoyenneté est un droit inaliénable que le Parlement ne peut pas définir, circonscrire ou révoquer n’a aucun appui. Les demandeurs avaient raison d’affirmer que l’arrêt *Calvin v. Smith* (arrêt *Calvin*) a établi un droit de common law à la citoyenneté fondé sur le lieu de naissance (*jus soli*), mais cet arrêt a été supplanté par la common law ainsi que par le droit statutaire. Cette brève revue historique du traitement législatif de la nationalité et de la citoyenneté montre que ni Westminster ni le Parlement ne se sont sentis limités par le principe de *jus soli*. Il était possible à une personne de perdre la nationalité ou la citoyenneté dans certains cas, rétroactivement, du fait de sa conduite, de son absence du pays et de son mariage. La citoyenneté est une création de la loi. La Cour d’appel fédérale et la Cour suprême du Canada ont clairement indiqué qu’il n’existe aucun droit indépendant ou distinct à la citoyenneté, hormis celui qu’accordent les articles 3 à 6 de la *Loi sur la citoyenneté*. La citoyenneté relève manifestement des pouvoirs résiduels que confèrent au Parlement les premiers mots de l’article 91 (paix, ordre et bon gouvernement), ainsi que du paragraphe 91(25). Le paragraphe 91(25) vient compléter le pouvoir général, et il renforce la conclusion selon laquelle tous les aspects de la citoyenneté relèvent de la compétence exclusive du Parlement. Il est implicite que la compétence législative sur la naturalisation englobe la compétence sur la citoyenneté.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- American Colonies Peace Act* (1782), 22 Geo. III, c. 46 (U.K.).  
*An Act to amend the Canadian Citizenship Act*, S.C. 1958, c. 24, s. 2.  
*An Act to declare certain Persons, therein described, Aliens, and to vest their Estates in His Majesty* (1814), 54 Geo. III, c. 9.  
*British Nationality Act, 1981* (U.K.), 1981, c. 61.  
*British North America Act, 1867 (The)*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5].  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 1.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Acte canadien de 1881 sur la naturalisation*, S.C. 1881, ch. 13.  
*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5].  
*American Colonies Peace Act* (1782), 22 Geo. III, ch. 46 (R.-U.).  
*An Act to declare certain Persons, therein described, Aliens, and to vest their Estates in His Majesty* (1814), 54 Geo. III, ch. 9.  
*British Nationality Act, 1981* (R.-U.), 1981, ch. 61.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1.

- Canadian Citizenship Act*, S.C. 1946, c. 15.  
*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 3(1)(a),(b),(c), 10(2)(a),(b).  
*Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108, s. 10(1).  
*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 9, 17, 55, 91.  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 41.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 2 “terrorism offence”, 47.  
*Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2(1) “federal board, commission or other tribunal”, (2).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 82.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27.  
*Letters Patent Constituting the office of Governor General of Canada (1947)*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 31.  
*Magna Carta* (1215), cl. 39, 42.  
*National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5.  
*Naturalization Act, 1881 (The)*, S.C. 1881, c. 13.  
*Naturalization Act, 1914 (The)*, S.C. 1914, c. 44, s. 7(2).  
*Naturalization Acts, 1870 and 1872 (The)* (U.K.), 35 & 36 Vict., c. 39.  
*Parliament of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. P-1.  
*Royal Assent Act*, S.C. 2002, c. 15, s. 2.  
*Security of Information Act*, R.S.C., 1985, c. O-5.  
*Statute of Westminster, 1931*, (U.K.), 22 Geo. V, c. 4 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 27].  
*Strengthening Canadian Citizenship Act*, S.C. 2014, c. 22, s. 8.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 2 « infraction de terrorisme », 47.  
*Lettres patentes constituant la charge de gouverneur général du Canada (1947)*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 31.  
*Loi concernant la Naturalisation, 1914*, S.C. 1914, ch. 44, art. 7(2).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 9, 17, 55, 91.  
*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. 41.  
*Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1958, ch. 24, art. 2.  
*Loi renforçant la citoyenneté canadienne*, L.C. 2014, ch. 22, art. 8.  
*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 3(1)(a), b), c), 10(2)(a), b).  
*Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, ch. 108, art. 10(1).  
*Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1946, ch. 15.  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5.  
*Loi sur la protection de l'information*, L.R.C. (1985), ch. O-5.  
*Loi sur la sanction royale*, L.C. 2002, ch. 15, art. 2.  
*Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. (1985), ch. P-1.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) « office fédéral », (2).  
*Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.  
*Magna Carta* (1215), art. 39, 42.  
*Naturalization Acts, 1870 and 1872 (The)* (R.-U.), 35 & 36 Vict., ch. 39.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 82.  
*Statute of Westminster, 1931*, (R.-U.), 22 Geo. V, ch. 4 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 27].

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Definitive Treaty of Paris*, United States and Great Britain, 3 September 1783, 8 U.S. Stat. 80, U.K.T.S. 1783 No. 104.

## CASES CITED

## NOT FOLLOWED:

- Calvin v. Smith* (1608), 77 E.R. 377 (K.B.).

## APPLIED:

- Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45,

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Definitive Treaty of Paris*, United States and Great Britain, 3 September 1783, 8 U.S. Stat. 80, U.K.T.S. 1783 n° 104.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION NON SUIVIE :

- Calvin v. Smith* (1608), 77 E.R. 377 (K.B.).

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45,



[2012] 2 S.C.R. 524; *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465, (1990), 73 D.L.R. (4th) 289 (C.A.); *Winner v. S.M.T.*, [1951] S.C.R. 887, [1951] 4 D.L.R. 529.

## DISTINGUISHED:

*Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433.

## CONSIDERED:

*Hupacasath First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 4, 379 D.L.R. (4th) 737; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; *Friends of the Earth v. Canada (Governor in Council)*, 2008 FC 1183, [2009] 3 F.C.R. 201; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, (1993), 100 D.L.R. (4th) 212; *Re: Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, (1981), 34 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, (1989), 61 D.L.R. (4th) 604; *Harper v. Atchison*, 2011 SKQB 38 (CanLII), 369 Sask. R. 134; *Doe d. Thomas v. Acklam* (1824), 107 E.R. 572 (K.B.); *Taylor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 349, [2008] 3 F.C.R. 324; *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.); *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698.

## REFERRED TO:

*Anisman v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 52, 400 N.R. 137; *A.G. for Canada v. A.G. for Nova Scotia*, [1951] S.C.R. 31, [1950] 4 D.L.R. 369; *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186, (1996), 131 D.L.R. (4th) 609; *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, (1980), 114 D.L.R. (3d) 393; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Hogan et al. v. Newfoundland (Attorney General) et al.*, 1998 CanLII 18727, 162 Nfld. & P.E.I.R. 132 (S.C.T.D.); *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Marcus Mennes v. Canada*, 1997 CanLII 6212, 220 N.R. 56 (F.C.A.); *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; *Reference re legislative powers as to regulation and control of aeronautics in Canada*, [1930] S.C.R. 663, [1931] 1 D.L.R. 13; *Reference re Regulation and Control*

[2012] 2 R.C.S. 524; *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465 (C.A.); *Winner v. S.M.T.*, [1951] R.C.S. 887.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Première Nation des Hupacasath c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 4; *Conseil canadien des églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Ami(e)s de la Terre c. Canada (Gouverneur en conseil)*, 2008 CF 1183, [2009] 3 R.C.F. 201; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Harper v. Atchison*, 2011 SKQB 38 (CanLII), 369 Sask. R. 134; *Doe d. Thomas v. Acklam* (1824), 107 E.R. 572 (K.B.); *Taylor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 349, [2008] 3 R.C.F. 324; *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.); *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Anisman c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 52; *A.G. for Canada v. A.G. for Nova Scotia*, [1951] R.C.S. 31; *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186; *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Hogan et al. v. Newfoundland (Attorney General) et al.*, 1998 CanLII 18727, 162 Nfld. & P.E.I.R. 132 (C.S. 1<sup>re</sup> inst.); *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Marcus Mennes c. Canada*, 1997 CanLII 6212 (C.A.F.); *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Reference re legislative powers as to regulation and control of aeronautics in Canada*, [1930] R.C.S. 663; *Reference re Regulation and Control of Radio Communication*, [1931] R.C.S. 541; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663.

*of Radio Communication*, [1931] S.C.R. 541, [1931] 4 D.L.R. 865; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663, (1966), 57 D.L.R. (2d) 753.

## AUTHORS CITED

Cockburn, Sir Alex. *Nationality : The Law Relating to Subjects and Aliens*. London: William Ridgway, 1869.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented, Vol. 1, loose-leaf. Toronto: Carswell, 2007.  
 Howell, A. “Expatriation” (1883), III: 12 *The Canadian Law Times* 463.  
 Richardson, J. “Modernisation of Royal Assent in Canada” (2004), 27 *Can. parliam. rev.* 32.

APPLICATION for judicial review of the decision by the Governor General of Canada to grant royal assent to Bill C-24, the *Strengthening Canadian Citizenship Act*. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Rocco Galati* on his own behalf.  
*Paul Slansky* for applicant Constitutional Rights Centre Inc.  
*Gregory G. George* and *Amina Riaz* for respondent Attorney General of Canada.

## SOLICITORS OF RECORD

*Slansky Law Professional Corporation*, Toronto, for applicant Constitutional Rights Centre Inc.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Attorney General of Canada.

## TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. Overview.....	1
II. Background.....	10
III. Preliminary issues .....	15
A. <i>No private interest standing</i> .....	17
B. <i>The applicants have public interest standing</i> .....	20
C. <i>The admissibility of Mr. Galati’s affidavit</i> .....	30

## DOCTRINE CITÉE

Cockburn, Sir Alex. *Nationality : The Law Relating to Subjects and Aliens*. London : William Ridgway, 1869.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd. supplémenté, vol. 1, feuilles mobiles. Toronto : Carswell, 2007.  
 Howell, A. « Expatriation » (1883), III:12 *The Canadian Law Times* 463.  
 Richardson, J. « La modernisation de la sanction royale au Canada » (2004), 27 *Rev. parlem. can.* 32.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du gouverneur général du Canada d’octroyer la sanction royale au projet de loi C-24, intitulé *Loi renforçant la citoyenneté canadienne*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

*Rocco Galati* pour son propre compte.  
*Paul Slansky* pour le demandeur le Centre du droit constitutionnel Inc.  
*Gregory G. George* et *Amina Riaz* pour le défendeur le procureur général du Canada.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Slansky Law Professional Corporation*, Toronto, pour le demandeur le Centre du droit constitutionnel Inc.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur le procureur général du Canada.

## TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. Aperçu.....	1
II. Lecontexte .....	10
III. Les questions préliminaires .....	15
A. <i>L’absence de qualité pour agir dans l’intérêt privé</i> .....	17
B. <i>Les demandeurs ont qualité pour agir dans l’intérêt public</i> .....	20
C. <i>L’admissibilité de l’affidavit de M<sup>e</sup> Galati</i> .....	30

IV. The availability of judicial review.....	32	IV. La possibilité de demander un contrôle judiciaire .....	32
A. <i>The Governor General's grant of royal assent is not justiciable</i> .....	32	A. <i>L'octroi, par le gouverneur général, de la sanction royale n'est pas justiciable</i> .....	32
(1) Principles which underlie the doctrine of justiciability.....	33	1) Les principes qui sous-tendent la doctrine de la justiciabilité .....	33
(2) The grant of assent is a legislative act .....	41	2) L'octroi de la sanction est un acte législatif.....	41
B. <i>The Governor General as respondent</i>	49	B. <i>Le gouverneur général à titre de défendeur</i> .....	49
C. <i>The ministers as respondents</i> .....	61	C. <i>Les ministres à titre de défenseurs</i> ...	61
V. Whether section 8 of the Strengthening Citizenship Act is beyond the legislative capacity of Parliament under the <i>Constitution Act, 1867</i> .....	66	V. L'article 8 de la <i>Loi renforçant la citoyenneté canadienne</i> excède-t-il la capacité législative du Parlement que confère la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> ? .....	66
A. <i>Citizenship is not an inalienable constitutional right</i> .....	72	A. <i>La citoyenneté n'est pas un droit constitutionnelinaliénable</i> .....	72
(1) Pre-1931 historical review of legislation providing loss of citizenship.....	81	1) Revue historique des lois prévoyant la perte de la citoyenneté avant 1931 .....	81
(2) Post-1931 historical review of legislation providing loss of citizenship.....	86	2) Revue historique des lois prévoyant la perte de la citoyenneté après 1931.....	86
B. <i>The absence of citizenship as an enumerated head of legislative competence and Parliament's exclusive jurisdiction over citizenship</i> .....	91	B. <i>L'absence de citoyenneté en tant que chef de compétence législative énuméré et la compétence exclusive du Parlement sur la citoyenneté</i> .....	91
VI. Conclusion .....	100	VI. Conclusion .....	100

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

RENNIE J.:

#### I. Overview

[1] The applicants seek to set aside the decision of His Excellency the Right Honourable David Johnston Governor General of Canada on June 19, 2014 to grant royal assent to Bill C-24, the *Strengthening Canadian Citizenship Act*, S.C. 2014, c. 22 (Strengthening Citizenship Act).

[2] Section 8 of the Strengthening Citizenship Act amends the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29

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

LE JUGE RENNIE :

#### I. Aperçu

[1] Les demandeurs cherchent à faire annuler la décision du 19 juin 2014 de Son Excellence le très honorable David Johnston, gouverneur général du Canada, soit d'octroyer la sanction royale au projet de loi C-24, intitulé *Loi renforçant la citoyenneté canadienne*, L.C. 2014, ch. 22 (la Loi renforçant la citoyenneté).

[2] L'article 8 de la Loi renforçant la citoyenneté apporte des modifications à la *Loi sur la citoyenneté*,



(*Citizenship Act*). The amendments allow the Minister of Citizenship and Immigration to revoke the citizenship of natural-born and naturalized Canadian citizens where a citizen has a conviction relating to national security or terrorism. These convictions include treason under section 47 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (paragraph 10(2)(a) of the *Citizenship Act*); a terrorism offence as defined in section 2 of the *Criminal Code* (paragraph 10(2)(b) of the *Citizenship Act*) and certain offences under the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 and the *Security of Information Act*, R.S.C., 1985, c. O-5. Where the citizen holds, or could have a right to dual nationality, the Strengthening Citizenship Act provides for the revocation of citizenship and designation of that individual as a foreign national, which may lead to deportation from Canada.

[3] In broad terms, the applicants contend that section 8 of the Strengthening Citizenship Act is beyond the legislative competence of Parliament under the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]]. They assert that as a matter of constitutional principle, citizenship is an immutable and inalienable right which cannot be revoked by legislation. This principle, derived from the law of the United Kingdom, was, through the requirement in the preamble of the *Constitution Act, 1867* that Canada have a constitution “similar in Principle to that of the United Kingdom”, embedded in the Constitution. It is not, in the absence of a constitutional amendment, subject to the ordinary laws of Parliament. In the result, the applicants contend that the Governor General exceeded the scope of his discretion under the Crown prerogative, as well as his authority under the *Royal Assent Act*, S.C. 2002, c. 15 (*Royal Assent Act*), in granting royal assent to the Strengthening Citizenship Act.

[4] The availability of judicial review and its associated remedies is subject to analytical pre-conditions. It

L.R.C. (1985), ch. C-29 (*Loi sur la citoyenneté*). Ces modifications autorisent le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration à révoquer la citoyenneté de citoyens canadiens de naissance ou naturalisés qui sont déclarés coupables d’une infraction liée à la sécurité nationale ou au terrorisme. Les infractions prévues comprennent la trahison aux termes de l’article 47 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (alinéa 10(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*, une infraction de terrorisme au sens de l’article 2 du *Code criminel* (alinéa 10(2)b) de la *Loi sur la citoyenneté* et certaines infractions visées par la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 et la *Loi sur la protection de l’information*, L.R.C. (1985), ch. O-5. Dans les cas où un citoyen détient la double nationalité, ou pourrait y avoir droit, la Loi renforçant la citoyenneté prévoit la révocation de la citoyenneté et la désignation de cette personne à titre d’étranger, ce qui pourrait mener à son expulsion du Canada.

[3] De façon générale, les demandeurs soutiennent que l’article 8 de la Loi renforçant la citoyenneté excède la compétence législative que la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] confère au Parlement. Pour des raisons de principe constitutionnel, affirment-ils, la citoyenneté est un droit immuable et inaliénable qu’aucune loi ne peut révoquer. Ce principe, qui tire son origine du droit du Royaume-Uni, était que, par l’exigence contenue dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Canada devait se doter d’une « constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni », consacrée dans la Constitution. À défaut d’une modification constitutionnelle, cette constitution n’est pas soumise aux lois ordinaires du Parlement. En conséquence, soutiennent les demandeurs, en octroyant la sanction royale à la Loi renforçant la citoyenneté, le gouverneur général a outrepassé le cadre du pouvoir discrétionnaire que lui confère la prérogative royale, de même que le pouvoir que lui accorde la *Loi sur la sanction royale*, L.C. 2002, ch. 15 (*Loi sur la sanction royale*).

[4] La disponibilité d’un contrôle judiciaire et des mesures de redressement qui y sont associées sont

is not every act of a public officer that is reviewable; there are jurisprudential and statutory criteria that must be met before the Federal Court will engage in judicial review and, if granted, discretionary considerations in respect of remedies.

[5] The threshold statutory question is whether the Governor General, in granting royal assent, was a “federal board, commission or other tribunal” within the meaning of subsection 2(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (*Federal Courts Act*). Put otherwise, was the Governor General, in assenting to Bill C-24, exercising a power or jurisdiction conferred under “an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown” as required by subsection 2(1). The answer to that question depends on the power exercised and, importantly, the source of that power: *Anisman v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 52, 400 N.R. 137, at paragraphs 29–31.

[6] There is an ancillary question as to whether the remaining respondents, the Honourable Chris Alexander, Minister of Citizenship and Immigration, and the Minister of Justice and Attorney General of Canada fall, in the context of this application, within the scope of subsection 2(1). The applicants seek to set aside the decisions of the two ministers, who in their capacity as Members of Parliament and “aware of the constitutional impediment” voted in favour of the Strengthening Citizenship Act, or more accurately, in support of the passage of Bill C-24.

[7] The threshold jurisprudential consideration is whether the matter in question is subject to judicial review. Justiciability and the statutory pre-conditions serve different purposes. Justiciability is rooted in the court’s understanding of the proper scope or subject matter of judicial review, or, as the Federal Court of Appeal said “the appropriateness and ability of a court to deal with an issue before it”: *Hupacasath First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 4, 379 D.L.R. (4th) 737, at paragraph 62, *per* Stratas J.A. Justiciability is focused on the nature or substance of the question under review; the source of the power exercised, whether

soumises à des conditions analytiques préalables. Ce ne sont pas tous les actes d’un agent de l’État qui sont susceptibles de contrôle; il existe des critères de nature jurisprudentielle et législative auxquels il est nécessaire de répondre avant que la Cour fédérale puisse entreprendre un contrôle judiciaire et, si ce dernier est accordé, des considérations de nature discrétionnaire à l’égard des mesures de redressement.

[5] La question juridique préliminaire consiste à savoir si le gouverneur général, en octroyant la sanction royale, était un « office fédéral » au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (*Loi sur les Cours fédérales*). Autrement dit, en sanctionnant le projet de loi C-24, le gouverneur général exerçait-il une compétence ou des pouvoirs « prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d’une prérogative royale », ainsi que l’exige le paragraphe 2(1). La réponse à cette question dépend du pouvoir exercé et, de façon importante, de la source de ce pouvoir : *Anisman c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 52, aux paragraphes 29 à 31.

[6] Il y a la question accessoire de savoir si, dans le contexte de la présente demande, les autres défendeurs, l’honorable Chris Alexander, ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration, ainsi que le ministre de la Justice et le procureur général du Canada, tombent sous le coup du paragraphe 2(1). Les demandeurs cherchent à faire infirmer les décisions des deux ministres qui, en leur qualité de membres du Parlement et [TRADUCTION] « conscients de l’obstacle constitutionnel », ont voté en faveur de la Loi renforçant la citoyenneté ou, pour être plus précis, de l’adoption du projet de loi C-24.

[7] La considération jurisprudentielle préliminaire consiste à savoir si l’affaire en question est susceptible de contrôle judiciaire. La justiciabilité et les conditions législatives préalables visent des fins différentes. La justiciabilité est ancrée dans la compréhension qu’a le tribunal de la portée ou de l’objet appropriés du contrôle judiciaire ou, comme l’a déclaré la Cour d’appel fédérale : [TRADUCTION] « l’opportunité qu’un tribunal traite d’une question qui lui est soumise et sa capacité de le faire » : *Première Nation des Hupacasath c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 4, au paragraphe 62, le juge Stratas. La justiciabilité est axée sur

statutory or prerogative, is not determinative. In contrast, subsection 2(1) is directed to necessary jurisdictional requirements, and whether it is engaged is very much a question of the source of the power.

[8] In this case, consideration of each leads, independently, to the conclusion that the Governor General's grant of royal assent is not justiciable, and that none of the respondents are federal boards within the scope of subsection 2(1) of the *Federal Courts Act*.

[9] The application, in any event, fails in respect of its underlying merits. Section 8 of the Strengthening Citizenship Act is within the legislative competence of Parliament, subject only to the constraint 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). The application for judicial review is therefore dismissed.

## II. Background

[10] Rocco Galati, Manuel Azevedo, and the Constitutional Rights Centre Inc. (the Centre) are the applicants. Mr. Galati is a lawyer and member of the Ontario bar who from 1990 to present has worked in private practice. His practice is restricted to proceedings against the Crown and many of the cases which he has undertaken involve constitutional issues or the defence of individuals charged with offences which may trigger revocation of citizenship under the new legislation. He believes that matters of the Constitution are "every citizen's business". Mr. Azevedo is also a lawyer. He has represented those accused of terrorism and related offences under the *Criminal Code*, the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, and the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27. Mr. Galati and Mr. Azevedo are naturalized Canadian citizens.

la nature ou le fond de la question faisant l'objet du contrôle; la source du pouvoir exercé, qu'il soit conféré par la loi ou qu'il s'agisse d'une prérogative, n'est pas déterminante. Par contraste, le paragraphe 2(1) est axé sur des exigences de compétence nécessaires, et la question de savoir s'il entre en jeu dépend très nettement de la source du pouvoir.

[8] Dans la présente affaire, un examen de chacun de ces points mène, séparément, à la conclusion que l'octroi de la sanction royale par le gouverneur général n'est pas justiciable, et qu'aucun des défendeurs n'est un office fédéral au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[9] En tout état de cause, la demande échoue à l'égard de son bien-fondé. L'article 8 de la Loi renforçant la citoyenneté relève de la compétence législative du Parlement, sous réserve uniquement de la limite que représente 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). La demande de contrôle judiciaire est donc rejetée.

## II. Le contexte

[10] Rocco Galati, Manuel Azevedo et le Centre de droit constitutionnel Inc. (le Centre) sont les demandeurs. M. Galati, avocat et membre du Barreau de l'Ontario, exerce le droit dans le secteur privé depuis 1990. Il se limite aux instances introduites contre la Couronne et un grand nombre des affaires dont il s'est chargé mettent en cause des questions de nature constitutionnelle ou la défense de personnes accusées d'infractions qui, d'après la nouvelle loi, pourraient entraîner la révocation de leur citoyenneté. Il croit que les questions relevant de la Constitution sont [TRADUCTION] « l'affaire de tous les citoyens ». M. Azevedo, lui aussi avocat, a représenté des personnes accusées de terrorisme et d'infractions connexes en vertu du *Code criminel*, de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, et de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27. M<sup>es</sup> Galati et Azevedo sont des citoyens canadiens naturalisés.

[11] The Centre is a non-profit Ontario corporation incorporated on November 29, 2004. The object of the Centre is to advance constitutional rights of Canadians through education and litigation. The Centre has three corporate directors, including Mr. Galati and Mr. Azevedo, and four operational directors, including Mr. Galati, Mr. Azevedo and Mr. Paul Slansky, also a member of the Ontario bar.

[12] Since 2004 the Centre's main activity has been to procure *pro bono* counsel for clients in constitutional or public law cases. The material filed in this Court included a number of cases, at both trial and appeal, and in diverse courts, where counsel who form part of the executive of the Centre had been involved. The recent intervention by the Centre in the *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433, was the first time either Mr. Galati or the Centre intervened in their own name.

[13] On June 9, 2014, the Constitutional Rights Centre, under Mr. Galati's signature, wrote to the Governor General. Exercising the petition of right, the applicants requested that His Excellency refuse to grant royal assent to the Strengthening Citizenship Act, asserting that Parliament had no legislative competence to remove or revoke the citizenship of citizens born in Canada or naturalized Canadian citizens, and that its competence was confined to aliens and naturalization under subsection 91(25) of the *Constitution Act, 1867*.

[14] The Office of the Governor General responded that the Governor General had taken note of the petition's contents; however, on June 19, 2014, the Governor General assented to the Strengthening Citizenship Act, effectively denying the applicants' petition. It is in respect of that decision that judicial review is, primarily, sought.

### III. Preliminary issues

[15] Two preliminary issues have been raised by the Attorney General; whether the applicants have standing and the admissibility of certain evidence.

[11] Le Centre est une société à but non lucratif de l'Ontario, constituée le 29 novembre 2004. Il a pour mission de promouvoir les droits constitutionnels des Canadiens par la voie de la sensibilisation et des tribunaux. Le Centre a trois administrateurs, dont M<sup>e</sup> Galati et M<sup>e</sup> Azevedo, ainsi que quatre directeurs opérationnels, dont M<sup>e</sup> Galati, M<sup>e</sup> Azevedo et M<sup>e</sup> Paul Slansky, lui aussi membre du Barreau de l'Ontario.

[12] Depuis 2004, l'activité principale du Centre consiste à fournir des services d'avocats bénévoles à des clients dans le cadre d'affaires constitutionnelles ou de droit public. Les documents déposés devant la Cour comprenaient un certain nombre d'affaires, tant en première instance qu'en appel, et devant divers tribunaux, dans lesquelles étaient intervenus des avocats faisant partie de la direction du Centre. L'intervention récente de ce dernier dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433, était la première fois où M<sup>e</sup> Galati ou le Centre intervenaient en leur nom personnel.

[13] Le 9 juin 2014, le Centre de droit constitutionnel, sous la signature de M<sup>e</sup> Galati, a écrit au gouverneur général. Exerçant la pétition de droit, les demandeurs ont demandé que Son Excellence refuse d'octroyer la sanction royale à la Loi renforçant la citoyenneté, affirmant que le Parlement n'avait pas la compétence législative requise pour retirer ou révoquer la citoyenneté de citoyens nés au Canada ou de citoyens canadiens naturalisés, et que sa compétence se limitait aux « aubains » et à la naturalisation, aux termes du paragraphe 91(25) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[14] Le Bureau du gouverneur général a répondu que le gouverneur général avait pris note de la teneur de la pétition; cependant, le 19 juin 2014, le gouverneur général a octroyé la sanction à la Loi renforçant la citoyenneté, rejetant en fait la pétition des demandeurs. C'est à l'égard de cette décision que le contrôle judiciaire est, principalement, demandé.

### III. Les questions préliminaires

[15] Le procureur général a soulevé deux questions préliminaires : si les demandeurs ont qualité pour agir, et l'admissibilité de certains éléments de preuve.

[16] The respondents argue that this application should be dismissed because the applicants have neither private nor public interest standing. They assert that the applicants have no real or genuine stake in the matter. That is, although the applicants may have a political or intellectual interest in the outcome, they have neither been convicted, nor charged, of any offence that could lead to revocation of their citizenship.

A. *No private interest standing*

[17] Both Mr. Galati and Mr. Azevedo are naturalized Canadians, and are theoretically at risk of revocation and removal under the legislation to Italy and Portugal, respectively. In their capacity as counsel, the applicants also represent Canadians accused of national security or terrorism offences contemplated by the Strengthening Citizenship Act. Mr. Galati emphasizes comments made by the Minister of Citizenship and Immigration suggesting, at least from Mr. Galati's perspective, that Mr. Galati shared the beliefs of his clients, with the result that he is at particular risk under the new legislation so as to give rise to private interest standing.

[18] The applicants do not have private interest standing. The fact that the applicants have access to dual citizenship is, in and of itself, insufficient to establish private interest standing. They stand undifferentiated from the millions of Canadians who hold or may have access to, dual citizenship. The applicants have neither been charged nor convicted of an offence which triggers the Strengthening Citizenship Act. Further, the provisions of the Strengthening Citizenship Act are triggered upon an accused's conviction of a listed offence. They do not target defence counsel who represent them. Moreover, the Minister's comments, objectively viewed, do not support the inferences drawn by Mr. Galati nor the *animus* or intent alleged. In any event, it is not the Minister of Citizenship who prosecutes the listed offences. The decision to prosecute rests either with the Director of Public Prosecutions or with the provincial Attorney General.

[16] Les défendeurs soutiennent qu'il faudrait rejeter la présente demande car les demandeurs n'ont qualité pour agir ni dans l'intérêt privé ni dans l'intérêt public. Les demandeurs, affirment-ils, n'ont aucun intérêt — réel ou véritable — dans l'affaire. C'est-à-dire que, bien qu'ils puissent avoir un intérêt politique ou intellectuel dans l'issue, ils n'ont été ni reconnus coupables, ni accusés d'une infraction quelconque qui puisse mener à la révocation de leur citoyenneté.

A. *L'absence de qualité pour agir dans l'intérêt privé*

[17] M<sup>e</sup> Galati et M<sup>e</sup> Azevedo sont tous deux canadiens naturalisés et — en théorie — ils courent un risque de révocation et de renvoi en vertu de la loi vers l'Italie et le Portugal, respectivement. En leur qualité d'avocats, les demandeurs représentent aussi des Canadiens accusés d'infractions relatives à la sécurité nationale ou au terrorisme envisagées par la Loi renforçant la citoyenneté. M<sup>e</sup> Galati souligne des commentaires qu'a faits le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et qui dénotent, du point de vue de M<sup>e</sup> Galati du moins, que celui-ci partage les convictions de ses clients, avec le résultat qu'il s'expose à un risque particulier qui, sous le régime de la nouvelle loi, suffit pour donner lieu à la qualité pour agir dans l'intérêt privé.

[18] Les demandeurs n'ont pas qualité pour agir dans l'intérêt privé. Le fait qu'ils aient accès à la double citoyenneté est en soi insuffisant pour établir cette qualité. Ils ne sont pas différents des millions de Canadiens qui détiennent la double citoyenneté ou qui peuvent y avoir accès. Ils n'ont été ni accusés ni reconnus coupables d'une infraction entraînant l'application de la Loi renforçant la citoyenneté. Par ailleurs, les dispositions de cette dernière sont déclenchées par la déclaration de culpabilité d'une personne pour une infraction énumérée. Elles ne ciblent pas les avocats de la défense qui les représentent. De plus, les commentaires du ministre, considérés objectivement, n'étaient pas les inférences que M<sup>e</sup> Galati a tirées, pas plus que l'*animus* ou l'intention alléguée. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas le ministre de la Citoyenneté qui engage des poursuites relativement aux infractions énumérées. La décision d'engager une poursuite repose entre les mains du directeur des poursuites pénales ou du procureur général d'une province.



[19] The claim for private interest standing is dismissed. The applicants' personal interests are speculative, remote and do not have an objective evidentiary foundation.

B. *The applicants have public interest standing*

[20] In so far as public interest standing is concerned, the applicants submit that the constitutionality of the Strengthening Citizenship Act is serious and justiciable. They further argue they have a genuine interest in the issue raised and are not merely bringing forward a case in which they have no interest and serves no purpose, rather, they point to the jurisprudence of the Supreme Court of Canada recognizing that the Constitution belongs to the country and its citizens: *A.G. for Canada v. A.G. for Nova Scotia*, [1951] S.C.R. 31, at page 3; *Reference Re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186, at pages 209–210. Finally, they submit that the proposed suit is a reasonable and effective means to bring an important question before the courts. No other party is currently challenging the Strengthening Citizenship Act and no further additional facts, adjudicative or legislative, are required to determine the issue.

[21] The principles governing the exercise of judicial discretion to grant standing are to be interpreted in a liberal and generous manner: *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236. At the root of the law of standing is the need to achieve a balance “between ensuring access to the courts and preserving judicial resources”: *Canadian Council of Churches*, at page 252 and *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524.

[22] In *Downtown Eastside*, the Supreme Court of Canada refined the approach to determining public interest standing. The court must consider three factors: whether there is a serious justiciable issue; whether the plaintiff has a real stake or a genuine interest in the issue; and whether, in all the circumstances, the proposed suit

[19] La prétention d'avoir qualité pour agir dans l'intérêt privé est rejetée. Les intérêts personnels des demandeurs sont hypothétiques, éloignés et dénués d'un fondement de preuve objectif.

B. *Les demandeurs ont qualité pour agir dans l'intérêt public*

[20] En ce qui concerne la qualité pour agir dans l'intérêt public, les demandeurs sont d'avis que la constitutionnalité de la Loi renforçant la citoyenneté est sérieuse et justiciable. Ils allèguent de plus qu'ils ont un intérêt véritable dans la question soulevée et qu'ils ne font pas simplement présenter une affaire dans laquelle ils n'ont aucun intérêt et qui n'est d'aucune utilité; ils soulignent plutôt la jurisprudence de la Cour suprême du Canada qui reconnaît que la Constitution appartient au pays et à ses citoyens : *A.G. for Canada v. A.G. for Nova Scotia*, [1951] R.C.S. 31, à la page 3; *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186, aux pages 209 et 210. Enfin, ils soutiennent que la poursuite proposée est un moyen raisonnable et efficace de soumettre une question importante aux tribunaux. Aucune autre partie ne conteste à l'heure actuelle la Loi renforçant la citoyenneté et il n'y a pas d'autres faits, en litige ou législatifs, qui sont requis pour trancher la question.

[21] Les principes qui régissent l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire de reconnaître la qualité pour agir doivent être interprétés de manière libérale et généreuse : *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236. À l'origine du droit de la qualité pour agir figure la nécessité d'atteindre un juste équilibre « entre l'accès aux tribunaux et la nécessité d'économiser les ressources judiciaires » : *Conseil canadien des Églises*, à la page 252, et *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524.

[22] Dans l'arrêt *Downtown Eastside*, la Cour suprême du Canada a précisé la démarche à suivre pour déterminer la qualité pour agir dans l'intérêt public. Le tribunal doit prendre en compte trois facteurs : si une question justiciable sérieuse a été soulevée, si le demandeur a un intérêt réel ou véritable dans l'issue de la question et si,

is a reasonable and effective way to bring the issue before the courts: *Downtown Eastside*, at paragraph 37. The Court instructed that these factors should not be perceived as “items on a checklist or technical requirements”; instead, are to be weighed cumulatively and in light of their purposes: *Downtown Eastside*, at paragraph 36.

[23] I am persuaded that the three interrelated factors, applied purposively and flexibly, favour granting public interest standing to the applicants.

[24] First, the question as to the constitutional validity of the Strengthening Citizenship Act is a “substantial constitutional issue” and therefore a “serious” issue. In *Downtown Eastside*, at paragraph 42 the Supreme Court of Canada expanded on the substance of this criteria:

To constitute a “serious issue”, the question raised must be a “substantial constitutional issue” (*McNeil*, at p. 268) or an “important one” (*Borowski*, at p. 589). The claim must be “far from frivolous” (*Finlay*, at p. 633), although courts should not examine the merits of the case in other than a preliminary manner. For example, in *Hy and Zel’s*, Major J. applied the standard of whether the claim was so unlikely to succeed that its result would be seen as a “foregone conclusion” (p. 690). He reached this position in spite of the fact that the Court had seven years earlier decided that the same Act was constitutional: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. Major J. held that he was “prepared to assume that the numerous amendments have sufficiently altered the Act in the seven years since *Edwards Books* so that the Act’s validity is no longer a foregone conclusion” (*Hy and Zel’s*, at p. 690). In *Canadian Council of Churches*, the Court had many reservations about the nature of the proposed action, but in the end accepted that “some aspects of the statement of claim could be said to raise a serious issue as to the validity of the legislation” (p. 254). Once it becomes clear that the statement of claim reveals at least one serious issue, it will usually not be necessary to minutely examine every pleaded claim for the purpose of the standing question.

compte tenu de toutes les circonstances, la poursuite proposée constitue une manière raisonnable et efficace de soumettre la question aux tribunaux : *Downtown Eastside*, au paragraphe 37. La Cour a indiqué que ces facteurs ne devraient pas être considérés comme « des points figurant sur une liste de contrôle ou comme des exigences techniques »; il est plutôt nécessaire de les soupeser de façon cumulative et à la lumière des objectifs qui les sous-tendent : *Downtown Eastside*, au paragraphe 36.

[23] Je suis convaincu que ces trois facteurs intimement liés, quand on les applique de manière téléologique et avec souplesse, font pencher la balance en faveur de la reconnaissance, pour les demandeurs, de la qualité pour agir dans l’intérêt public.

[24] Premièrement, il faut que la question relative à la validité constitutionnelle de la Loi renforçant la citoyenneté constitue un « point constitutionnel important » et donc une question « importante ». Dans l’arrêt *Downtown Eastside*, au paragraphe 42, la Cour suprême du Canada a donné des précisions sur le fond de ce critère :

Pour être considérée comme une « question sérieuse », la question soulevée doit constituer un « point constitutionnel important » (*McNeil*, p. 268) ou constituer une « question [...] importante » (*Borowski*, p. 589). L’action doit être « loin d’être futile » (*Finlay*, p. 633), bien que les tribunaux ne doivent pas examiner le bien-fondé d’une affaire autrement que de façon préliminaire. Par exemple, dans l’arrêt *Hy and Zel’s*, le juge Major s’est appuyé sur la norme applicable aux cas où il est tellement peu probable que l’action soit accueillie qu’on pourrait considérer son issue comme une conclusion qui « soit [...] assurée » (p. 690). Il a adopté cette position en dépit du fait que la Cour avait déclaré sept ans auparavant que la même Loi était constitutionnelle : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Le juge Major a statué qu’il était « prêt à tenir pour acquis que les nombreuses modifications apportées au cours des sept années qui ont suivi l’arrêt *Edwards Books* ont suffisamment changé la Loi pour que sa validité ne soit plus assurée » (*Hy and Zel’s*, p. 690). Dans *Conseil canadien des Églises*, la Cour avait de nombreuses réserves quant à la nature de l’action envisagée, mais elle a ultimement accepté que « certains aspects de la déclaration soulev[aient] une question sérieuse quant à la validité de la loi » (p. 254). En outre, dès qu’il devient évident qu’une déclaration fait état d’au moins une question sérieuse, il ne sera généralement pas nécessaire d’examiner minutieusement

[25] Thus, on a preliminary examination of the merits of the case, the claim must be so unlikely to succeed that its outcome is a “foregone conclusion”. Reservations as to the merits, or the existence of countervailing authority, is not determinative. Applying the criteria of *Downtown Eastside*, I am satisfied that a substantial constitutional issue is raised. The constitutionality of section 8 of the Strengthening Citizenship Act is of public importance. The memoranda filed with the Court reveal a genuine, serious and substantial argument, albeit novel and ultimately unsuccessful. Success on the merits is not the barometer of standing.

[26] Second, I am satisfied that the applicants have a genuine interest in the proceeding. This factor is concerned with whether the applicants are engaged with the issues they raise: *Downtown Eastside*, at paragraph 43. It is clear from the affidavits filed by Mr. Galati and the Centre that the applicants have been and are currently engaged with a variety of constitutional challenges consistent with the Centre’s mandate to challenge state action or laws which may, in their opinion, be unconstitutional. They point to their petition to the Governor General that he refrain from granting assent as evidence of their genuine interest and their pursuit of recourse other than litigation.

[27] Finally, this proceeding is a reasonable and effective means of bringing to court the question of the legislative competence of Parliament in respect of citizenship. Although future challenges to the Strengthening Citizenship Act may arise, there is no parallel litigation to consider that may constitute a more effective vehicle for determining the narrow question raised in this application. Secondly, it is not contended that the Strengthening Citizenship Act trenches on provincial legislative jurisdiction. No question of the correct demarcation between abutting or potentially overlapping legislative schemes, each with their own objectives,

chacun des arguments plaidés pour trancher la question de la qualité pour agir.

[25] C’est donc dire que, après un examen préliminaire du bien-fondé de l’affaire, l’action doit avoir si peu de chances d’être accueillie qu’on pourrait considérer son issue comme une conclusion qui « soit [...] assurée » ». Le fait qu’il y ait des réserves au sujet de ce bien-fondé, ou qu’il existe une source qui puisse faire contrepoids, n’est pas déterminant. L’application des critères énoncés dans l’arrêt *Downtown Eastside* me convainc que l’on soulève un point constitutionnel important. La constitutionnalité de l’article 8 de la Loi renforçant la citoyenneté est une question d’importance pour le public. Les mémoires déposés auprès de la Cour révèlent un argument véritable, sérieux et important, bien que nouveau et, en fin de compte, non retenu. Obtenir gain de cause sur le fond n’est pas le baromètre de la qualité pour agir.

[26] Deuxièmement, je suis convaincu que les demandeurs ont un intérêt véritable dans l’instance. Ce facteur a trait à la question de savoir si les demandeurs sont « engagés » quant aux questions qu’ils soulèvent : *Downtown Eastside*, au paragraphe 43. Il ressort clairement des affidavits que M<sup>e</sup> Galati et le Centre ont déposés que les demandeurs ont été et sont actuellement engagés à l’égard de diverses contestations constitutionnelles, qui cadrent avec le mandat qu’a le Centre de contester des mesures étatiques ou des lois qui peuvent, à leur avis, être inconstitutionnelles. Ils invoquent la pétition qu’ils ont présentée au gouverneur général pour qu’il s’abstienne d’octroyer la sanction comme preuve de leur intérêt véritable et de leur poursuite d’un recours autre qu’un litige.

[27] Enfin, la présente instance est un moyen raisonnable et efficace de soumettre à un tribunal la question de la compétence législative du Parlement vis-à-vis de la citoyenneté. Il est possible que la Loi renforçant la citoyenneté soit contestée ultérieurement, mais il n’y a aucun litige parallèle à prendre en considération qui pourrait constituer un moyen plus efficace de trancher l’étroite question que soulève la présente demande. Deuxièmement, nul ne soutient que la Loi renforçant la citoyenneté empiète sur la compétence législative d’une province. Aucune question concernant la ligne de démarcation correcte entre des régimes législatifs contigus ou



policy frameworks and operational contexts is engaged, as is characteristic of division of powers analysis; rather the argument here is that Parliament's competence is constrained by constitutional limits derived from British common law and woven into the *Constitution Act, 1867*.

[28] Further, and importantly, this proceeding does not engage any issues pursuant to the Charter. There is no Charter challenge, no question of section 1 evidence. All counsel stress that the issue before this Court is both narrow and discrete. In addition, the well-understood caution against the adjudication of constitutional issues in a vacuum is not triggered (*MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370). The Court has all the necessary legislative facts before it. There is no missing factual matrix.

[29] In sum, all three factors, viewed cumulatively, favour the exercise of discretion to grant public interest standing to the applicants to bring their application. Having regard to the completeness of the record, the narrow nature of the question, the fact that a serious constitutional question is framed, and the consideration of the most efficient use of scarce judicial resources, I am satisfied that a grant of public interest standing is warranted. The determination of the issues raised in this application is consistent with the efficient administration of justice. Deferring resolution of the question raised to another day benefits neither the applicants, the respondents, nor the Court.

### C. *The admissibility of Mr. Galati's affidavit*

[30] The second procedural objection concerns the admissibility of Mr. Galati's affidavit. The respondents state that this affidavit should be struck because Mr. Galati, as counsel, filed the affidavit without leave contrary to rule 82 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106. Rule 82 precludes a solicitor from appearing as counsel in a proceeding in which he or she has

susceptibles de se chevaucher, des régimes dotés chacun d'objectifs, de cadres de principe et de contextes opérationnels qui leur sont propres, n'est engagée, ce qui est l'élément caractéristique d'une analyse du partage de compétences; l'argument que l'on invoque plutôt ici est que la compétence du Parlement est circonscrite par des limites constitutionnelles dérivées de la common law britannique et tissées dans la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[28] De plus, et ce détail est important, la présente instance ne met en cause aucune question visée par la Charte. Il n'y a aucune contestation de la Charte, aucune question de preuve relative à l'article premier. Tous les avocats insistent sur le fait que la question soumise à la Cour est à la fois étroite et distincte. En outre, la mise en garde bien reconnue contre le fait de trancher une question constitutionnelle dans le vide ne s'applique pas (*MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370). La Cour a en main tous les faits législatifs nécessaires. Il ne manque aucune matrice factuelle.

[29] En résumé, les trois facteurs, considérés cumulativement, font pencher la balance en faveur de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder aux demandeurs la possibilité de déposer leur demande dans l'intérêt public. Compte tenu du caractère complet du dossier, de la nature étroite de la question, du fait qu'une question constitutionnelle sérieuse est formulée et du fait que l'on a pris en considération l'utilisation la plus efficace de ressources judiciaires limitées, je suis persuadé qu'il est justifié d'accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public. Le fait de trancher les questions soulevées dans la présente demande cadre avec l'administration efficace de la justice. Le fait de repousser à plus tard le règlement de la question soulevée ne profite ni aux demandeurs, ni aux défendeurs, ni à la Cour.

### C. *L'admissibilité de l'affidavit de M<sup>e</sup> Galati*

[30] La deuxième objection de nature procédurale a trait à l'admissibilité de l'affidavit de M<sup>e</sup> Galati. Selon les défendeurs, il faudrait que cet affidavit soit radié car M<sup>e</sup> Galati, à titre d'avocat, l'a déposé sans autorisation, ce qui est contraire à la règle 82 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106. Cette règle interdit à un avocat de comparaître à ce titre dans une instance dans le cadre

sworn an affidavit. The notice of application and the affidavit both indicate that Mr. Galati was not acting as counsel, but “on his own behalf”. Arguments regarding admissibility of Mr. Galati’s affidavit were not advanced at the hearing, nor did Mr. Galati appear in Court as counsel, and, as such, the prohibition of counsel appearing on his own affidavit was not engaged.

[31] The affidavit is, however, in large measure, irrelevant to the issues as framed by the parties. It also contains hearsay, speculation, opinion evidence, purported expert evidence and legal argument, and is inadmissible. Paragraphs 12, 13, 15, 16 and 20–30 of the affidavit of August 10, 2014 are struck.

#### IV. The availability of judicial review

##### *A. The Governor General’s grant of royal assent is not justiciable*

[32] I turn to the threshold question in this application: whether the Governor General’s grant of royal assent is justiciable. This can be answered by reference to settled constitutional principles with respect to the role of the Governor General in the legislative process. For the reasons that follow, I conclude that the Governor General’s grant of royal assent was a legislative act and, in consequence, the issue of whether the Governor General exceeded his constitutional authority in granting royal assent to the Strengthening Citizenship Act is not justiciable.

##### (1) Principles which underlie the doctrine of justiciability

[33] Each of the branches of Canada’s government—the legislature; the executive and the judiciary—play a discreet role. All three branches of government must be “sensitive to the separation of function within Canada’s constitutional matrix so as not to inappropriately intrude into the spheres reserved to the other

de laquelle il a souscrit un affidavit. L’avis de demande et l’affidavit indiquent tous deux que M<sup>e</sup> Galati n’agissait pas comme avocat, mais [TRADUCTION] « en son propre nom ». On n’a pas invoqué d’arguments relatifs à l’admissibilité de l’affidavit de M<sup>e</sup> Galati à l’audience, pas plus que ce dernier n’a comparu devant le tribunal à titre d’avocat et, cela étant, l’interdiction du fait qu’un avocat compareisse relativement à son propre affidavit n’a pas été engagée.

[31] Cependant, dans une large mesure, l’affidavit n’a rien à voir avec les questions que les parties ont formulées. Il contient également du oui-dire, des conjectures, des témoignages d’opinion, de prétendues preuves d’expert et des arguments juridiques, et il n’est pas admissible. Les paragraphes 12, 13, 15, 16 et 20 à 30 de l’affidavit du 10 août 2014 sont radiés.

#### IV. La possibilité de demander un contrôle judiciaire

##### *A. L’octroi, par le gouverneur général, de la sanction royale n’est pas justiciable*

[32] Voyons maintenant la question préliminaire que comporte la présente demande : l’octroi, par le gouverneur général, de la sanction royale est-il justiciable? Il est possible de répondre à cette question en se reportant aux principes constitutionnels établis à l’égard du rôle que joue le gouverneur général au sein du processus législatif. Pour les motifs qui suivent, je conclus que l’octroi de la sanction royale a été un acte législatif et, de ce fait, la question de savoir si le gouverneur général a excédé son pouvoir constitutionnel en octroyant la sanction royale à la Loi renforçant la citoyenneté n’est pas justiciable.

##### 1) Les principes qui sous-tendent la doctrine de la justiciabilité

[33] Chacune des branches du gouvernement canadien — le législatif, l’exécutif et le judiciaire — jouent un rôle distinct. Chacune d’entre elles doit être « attentive à la séparation des fonctions au sein de la matrice constitutionnelle du Canada, afin d’éviter toute intrusion mal à propos dans les pouvoirs réservés aux autres

branches”: *Friends of the Earth v. Canada (Governor in Council)*, 2008 FC 1183, [2009] 3 F.C.R. 201, at paragraph 25; also see *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 33–36. No branch should overstep its bounds and each must show “proper deference for the legitimate sphere of activity of the other”: *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at page 389. This relationship between the branches of government, arising as it does from the evolution of the Westminster model, is fundamental to parliamentary democracy and the rule of law. Justiciability is one of the legal devices or doctrines by which the courts give effect to this principle.

[34] The courts cannot intervene in the legislative process. The Supreme Court of Canada explained in *Re: Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at page 785, that courts “come into the picture when legislation is enacted and not before (unless references are made to them for their opinion on a bill or a proposed enactment).” Courts respect the right of Parliament to exercise unfettered freedom in the formulation, tabling, amendment, and passage of legislation.

[35] The courts exercise a supervisory jurisdiction once a law has been enacted. Until that time, a court cannot review, enjoin or otherwise engage in the legislative process unless asked by way of a reference framed under the relevant legislation. To conclude otherwise would blur the boundaries that necessarily separate the functions and roles of the legislature and the courts. To review the Governor General’s act of granting royal assent, as the applicants request, would conflate the constitutionally discreet roles of the judiciary and the legislature, affecting a radical amendment of the *Constitution Act, 1867* and the conventions which underlie our system of government, notably the right of Parliament to consider and pass legislation.

[36] The applicants’ arguments turn this principle on its head. On the theory advanced, the judiciary would

branches » : *Ami(e)s de la Terre c. Canada (Gouverneur en conseil)*, 2008 CF 1183, [2009] 3 R.C.F. 201, au paragraphe 25; voir aussi *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 33 à 36. Aucune branche ne devrait outrepasser ses limites et chacune doit « respecte[r] de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l’autre » : *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, à la page 389. Cette relation entre les branches du gouvernement, une relation qui découle de l’évolution du modèle de Westminster, est un aspect fondamental de la démocratie parlementaire et du principe de la primauté du droit. La justiciabilité est l’un des moyens ou des principes juridiques par lesquels les tribunaux donnent effet à ce principe.

[34] Les tribunaux ne peuvent pas intervenir dans le processus législatif. Dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, à la page 785, la Cour suprême du Canada explique que les tribunaux « interviennent quand une loi est adoptée et non avant (à moins qu’on ne leur demande leur avis sur un projet de loi par renvoi) ». Les tribunaux respectent le droit du Parlement d’exercer une liberté absolue pour ce qui est de la formulation, du dépôt, de la modification et de l’adoption d’une loi.

[35] Les tribunaux exercent un pouvoir de surveillance une fois qu’une loi a été adoptée. Mais avant ce moment-là, un tribunal ne peut pas soumettre le processus législatif à un contrôle ou s’y immiscer, sauf si on lui en fait la demande par un renvoi formulé en vertu de la loi pertinente. Conclure le contraire brouillerait les limites qui séparent obligatoirement les fonctions et les rôles du pouvoir législatif et des tribunaux. Soumettre à un contrôle l’acte par lequel le gouverneur général octroie la sanction royale, comme le voudraient les demandeurs, confondrait les rôles constitutionnellement distincts du pouvoir judiciaire et du pouvoir législatif, ce qui entraînerait une modification radicale de la *Loi constitutionnelle de 1867* et des conventions qui soutiennent notre système de gouvernement, notamment le droit qu’a le Parlement d’examiner et d’adopter des lois.

[36] Les arguments des demandeurs inversent ce principe. Selon la théorie avancée, le pouvoir judiciaire

adjudicate on the constitutionality of proposed legislation before it became law. That line, once crossed, would have no limit. If the decision to grant royal assent was justiciable so too would the decision to introduce legislation, to introduce a bill in the Senate as opposed to the House, or to invoke closure. No principled line would limit the reach of judicial scrutiny into the legislative process. A similar caution was expressed in *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at pages 559–560 where Justice Sopinka writing for the Court concluded that:

Parliamentary government would be paralyzed if the doctrine of legitimate expectations could be applied to prevent the government from introducing legislation in Parliament.

...

A restraint on the Executive in the introduction of legislation is a fetter on the sovereignty of Parliament itself.

[37] For reasons that I will describe, a constraint on the grant of assent to legislation is equally a fetter on the sovereignty of Parliament.

[38] These examples demonstrate the centrality of justiciability as a doctrine to demarcate the respective roles of the judiciary and Parliament and its importance in maintaining constitutionalism. The point was best expressed by Chief Justice Dickson in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at pages 90–91:

As I noted in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 459, justiciability is a “doctrine ... founded upon a concern with the appropriate role of the courts as the forum for the resolution of different types of disputes”, endorsing for the majority the discussion of Wilson J. beginning at p. 460. Wilson J. took the view that an issue is non-justiciable if it involves “moral and political considerations which it is not within the province of the courts to assess” (p. 465). An inquiry into justiciability is, first and foremost, a normative inquiry into the appropriateness as a matter of constitutional judicial policy of the courts deciding a given issue or, instead, deferring to other decision-making institutions of the polity.

se prononcerait sur la constitutionnalité d’un projet de loi avant que celui-ci ne devienne loi. Cette ligne, une fois franchie, n’aurait aucune limite. Si la décision d’octroyer la sanction royale était justiciable, il en serait également de même de la décision de présenter une loi, de déposer un projet de loi au Sénat plutôt qu’à la Chambre, ou d’invoquer la clôture. Aucune ligne fondée sur des principes ne limiterait la portée d’un examen judiciaire sur le processus législatif. Une mise en garde semblable a été exprimée dans le *Renvoi relatif au régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, aux pages 559 et 560, où le juge Sopinka, s’exprimant au nom de la Cour, a conclu :

Le gouvernement parlementaire serait paralysé si la théorie de l’expectative légitime pouvait s’appliquer de manière à empêcher le gouvernement de déposer un projet de loi au Parlement.

[...]

Toute restriction imposée au pouvoir de l’exécutif de déposer des projets de loi constitue une limitation de la souveraineté du Parlement lui-même.

[37] Pour les raisons que je vais décrire, une restriction à l’octroi de la sanction à une loi constitue également une limitation de la souveraineté du Parlement.

[38] Ces exemples font ressortir le caractère central de la justiciabilité en tant que principe de démarcation des rôles respectifs du secteur judiciaire et du Parlement, de même que son importance pour la préservation du constitutionnalisme. C’est le juge en chef Dickson, dans l’arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l’Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, aux pages 90 et 91, qui a le mieux exprimé cet aspect :

Comme je l’ai souligné dans *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 459, en reprenant au nom de la majorité de cette Cour l’analyse du juge Wilson commençant à la p. 460, la justiciabilité est une « doctrine [...] fondée sur une préoccupation à l’égard du rôle approprié des tribunaux en tant que tribune pour résoudre divers genres de différends ». Selon le juge Wilson, une question est non justiciable des tribunaux si elle met en cause « des considérations morales et politiques qu’il n’est pas du ressort des tribunaux d’évaluer » (p. 465). L’examen de la justiciabilité consiste, d’abord et avant tout, en un examen normatif de l’opportunité pour les tribunaux, sur le plan de la politique judiciaire

[39] No legal doctrine or precedent was identified in argument which would justify the insertion of the courts into an assessment of the lawfulness of legislation as it progresses through Parliament. Indeed, the argument rails against both precedent and convention. Responsible government, at its core, requires that the democratically elected representatives of Canadians determine what laws are enacted by Parliament.

[40] To conclude, the judiciary will not, to borrow from Justice Sopinka in *Re Canada Assistance Plan*, at page 559, meddle in the legislative process. The courts respect the process and procedures of Parliament from introduction of a bill to its enactment, and do not, absent a reference, comment on the legality of bills before either of the two Houses of Parliament. Questions that come before the courts which engage these issues are not justiciable. The inquiry, in this case, thus turns to the nature and character of the act of assent and where it is situated in the legislative process and constitutional framework. I turn to that issue.

(2) The grant of assent is a legislative act

[41] Canada is a constitutional monarchy and a parliamentary democracy. Section 9 of the *Constitution Act, 1867* provides for the unity of all executive authority in the Queen. Within this framework, there is a *formal* head of a state and a *political* head of state. The Governor General exercises the powers of the Crown on behalf of the sovereign: *Letters Patent Constituting the office of Governor General of Canada (1947)*, in *Canada Gazette*, Part I, Vol. 81, page 3014 (reproduced in R.S.C., 1985, Appendix II, No. 31). As such, the Governor General serves as Canada's formal head of state and the representative of the Queen in Canada, while the political head of state in Canada is the Prime Minister.

constitutionnelle, de trancher une question donnée ou, au contraire, de la déferer à d'autres instances décisionnelles de l'administration politique.

[39] Dans les arguments invoqués, aucune doctrine ni aucun précédent juridique n'ont été relevés qui justifieraient que les tribunaux s'immiscent dans une évaluation de la légitimité d'une loi pendant qu'elle suit son cours au Parlement. En fait, ces arguments sont contraires à la fois aux précédents et aux conventions. Un gouvernement responsable, pour l'essentiel, exige que les représentants démocratiquement élus des Canadiens déterminent quelles lois le Parlement édicte.

[40] En conclusion, le secteur judiciaire ne s'immiscera pas, pour reprendre les propos du juge Sopinka dans le *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada*, à la page 559, dans le processus législatif. Les tribunaux respectent le processus et les procédures du Parlement depuis le dépôt d'un projet de loi jusqu'à son adoption et, à défaut d'un renvoi, ne font pas de commentaires sur la légalité de projets de loi devant l'une ou l'autre des deux Chambres du Parlement. Les questions soumises aux tribunaux qui mettent en cause ces aspects ne sont pas justiciables. Dans la présente affaire, l'examen s'articule donc autour de la nature et du caractère de l'acte de la sanction et de l'endroit où il se situe dans le processus législatif et le cadre constitutionnel. Examinons maintenant cette question.

2) L'octroi de la sanction est un acte législatif

[41] Le Canada est une monarchie constitutionnelle et une démocratie parlementaire. Aux termes de l'article 9 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Reine est investie de la totalité des pouvoirs exécutifs. À l'intérieur de ce cadre, il y a un chef d'État officiel et un chef d'État politique. Le gouverneur général exerce les pouvoirs de la Couronne au nom du souverain : *Lettres patentes constituant la charge de Gouverneur général du Canada (1947)*, dans la *Gazette du Canada*, partie I, vol. 81, page 3014 (reproduit dans L.R.C. (1985), appendice II, n° 31). Dans ce contexte, il est le chef d'État officiel du Canada et le représentant de la Reine au Canada, tandis que le chef d'État politique au Canada est le premier ministre.



[42] The Governor General retains many duties which are integral to the conventions which, collectively, create the Westminster system of government. These include the swearing-in of the Prime Minister, the summoning, prorogation and dissolution of Parliament, the reading of the Speech from the Throne, the swearing-in and oath of office of justices of the Supreme Court and Chief Justices.

[42] Le gouverneur général conserve de nombreuses fonctions, lesquelles font partie intégrante des conventions qui, collectivement, créent le système de gouvernement hérité de Westminster : l'assermentation du premier ministre, la convocation, la prorogation et la dissolution du Parlement, la lecture du discours du Trône, l'assermentation et le serment d'office de la Cour suprême et des juges en chef.

[43] Under the Constitution, the Queen, and her representative in Canada, is expressly included in the legislative process. Section 17 of the *Constitution Act, 1867* establishes the Parliament of Canada and section 55 of Part IV [sections 17 to 57] — Legislative Power provides for and defines the nature of the legislative power exercised by the Governor General when he or she grants royal assent:

[43] Aux termes de la Constitution, la Reine, et son représentant au Canada, sont expressément inclus dans le processus législatif. L'article 17 de la *Loi constitutionnelle de 1867* établit le Parlement du Canada, et l'article 55 de la partie IV [articles 17 à 57], intitulée « Pouvoir législatif » prévoit et définit la nature du pouvoir législatif qu'exerce le gouverneur général lorsque celui-ci octroie la sanction royale :

Constitution  
of  
Parliament  
of Canada

**17.** There shall be One Parliament for Canada, consisting of the Queen, an Upper House styled the Senate, and the House of Commons.

**17.** Il y aura, pour le Canada, un parlement qui sera composé de la Reine, d'une chambre haute appelée le Sénat, et de la Chambre des Communes

Constitution  
du parlement  
du Canada

...

[...]

Royal  
Assent to  
Bills, etc.

**55.** Where a Bill passed by the Houses of Parliament is presented to the Governor General for the Queen's Assent, he shall declare, according to his Discretion, but subject to the Provisions of this Act and Her Majesty's Instructions, either that he assents thereto in the Queen's Name, or that he withholds the Queen's Assent, or that he reserves the Bill for the Signification of the Queen's Pleasure.

**55.** Lorsqu'un bill voté par les chambres du parlement sera présenté au gouverneur-général pour la sanction de la Reine, le gouverneur-général devra déclarer à sa discrétion, mais sujet aux dispositions de la présente loi et aux instructions de Sa Majesté, ou qu'il le sanctionne au nom de la Reine, ou qu'il refuse cette sanction, ou qu'il réserve le bill pour la signification du bon plaisir de la Reine.

Sanction  
royale aux  
bills, etc.

[44] Royal assent is the final stage in the legislative process. It transforms a bill into law. It is only once royal assent is given that a bill becomes part of the law of Canada (Jessica Richardson, "Modernisation of Royal Assent in Canada" (2004), 27 *Can. parliam. rev.* 32). The approval of the Sovereign, represented by the Governor General and indicated by assent, is required before a bill is passed by the House of Commons and the Senate and becomes law. Section 55 makes the grant of assent a constitutional imperative.

[44] La sanction royale est la dernière étape du processus législatif. Elle transforme un projet de loi en loi. Ce n'est qu'après son octroi qu'un projet de loi devient partie des lois du Canada (Jessica Richardson, « La modernisation de la sanction royale au Canada » (2004), 27 *Rev. parlem. can.* 32). L'approbation — la sanction — du souverain, représenté par le gouverneur général, est requise avant qu'un projet de loi soit adopté par la Chambre des communes et le Sénat et qu'il devienne loi. L'article 55 fait de l'octroi de la sanction un impératif constitutionnel.

[45] The Governor General's grant of royal assent is important, both symbolically, but also doctrinally. Doctrinally, the fusion of legislative and executive

[45] L'octroi, par le gouverneur général, de la sanction royale est important, tant du point de vue symbolique que du point de vue doctrinal. Du point de vue doctrinal,



functions at various stages of the Parliamentary process is central to the conceptual underpinning of the Westminster system of government. Symbolically, the grant of assent is the moment when the three constituent elements of Parliament—the House of Commons, the Senate, and the Crown—come together to create law; hence, it is the moment when the Queen is in Parliament (Richardson, at page 32).

[46] While section 55 confers discretion on the Governor General whether to assent, that discretion is wholly constrained by the constitutional convention of responsible government. In granting assent, the Governor General does not exercise an independent discretion. He acts on the advice of the Prime Minister. Assent must be given to a bill that has passed both Houses of Parliament; to withhold assent would be inconsistent with the principles of responsible government. As Professor Peter Hogg has explained, constitutional conventions prevent the Governor General from withholding royal assent (Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented, Vol. 1, loose-leaf. Toronto: Carswell, 2007, at page 9-24):

The definition of those occasions when the Governor General may exercise an independent discretion has caused much constitutional and political debate. But it is submitted that the basic premise of responsible government supplies the answer: so long as the cabinet enjoys the confidence of a majority in the House of Commons, the Governor General is always obliged to follow lawful and constitutional advice which is tendered by the cabinet.

[47] Section 55 is included in Part IV of the *Constitution Act, 1867*—Legislative Power, confirming the conclusion that the act of assent is legislative in nature. While section 55 reflects the construct of a constitutional monarchy, the fact that the power to grant or withhold assent was, in its inception, a prerogative power of the sovereign, does not alter its fundamental character as the final act in the legislative process. As the Federal Court of Appeal observed in *Hupacasath First Nation*, at paragraph 63, the question whether a matter is justiciable bears no relation to the source of the

la fusion des fonctions législatives et exécutives à divers stades du processus parlementaire est un élément central du fondement conceptuel du système de gouvernement hérité de Westminster. Du point de vue symbolique, l'octroi de la sanction est le moment où les trois éléments constitutifs du Parlement — la Chambre des communes, le Sénat et la Couronne — se réunissent pour créer une loi; c'est donc le moment où la Reine est présente au Parlement (Richardson, à la page 32).

[46] Bien que l'article 55 confère au gouverneur général le pouvoir discrétionnaire d'octroyer la sanction ou non, ce pouvoir est entièrement circonscrit par la convention constitutionnelle du gouvernement responsable. En octroyant la sanction, le gouverneur général n'exerce pas un pouvoir discrétionnaire indépendant. Il agit sur l'avis du premier ministre. Il est obligatoire de sanctionner un projet de loi qui a franchi les étapes des deux Chambres du Parlement; refuser d'octroyer la sanction serait incompatible avec les principes du gouvernement responsable. Comme l'a expliqué le professeur Peter Hogg, les conventions constitutionnelles empêchent le gouverneur général de refuser la sanction royale (Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd. supplémenté, vol. 1, feuilles mobiles. Toronto : Carswell, 2007, à la page 9-24) :

[TRADUCTION] La définition des occasions où le gouverneur général peut exercer un pouvoir discrétionnaire indépendant suscite de nombreux débats constitutionnels et politiques. Mais on pourrait dire que c'est dans la prémisse fondamentale du gouvernement responsable que réside la réponse : tant que le cabinet jouit de la confiance d'une majorité à la Chambre des communes, le gouverneur général est toujours obligé de suivre l'avis légitime et constitutionnel que dispense le Cabinet.

[47] L'article 55 est inclus à la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1867*, intitulée « Pouvoir législatif », ce qui confirme la conclusion selon laquelle l'acte de la sanction est de nature législative. Même si cet article reflète le concept d'une monarchie constitutionnelle, le fait que le pouvoir d'octroyer ou refuser la sanction était, initialement, une prerogative du souverain ne change pas sa nature fondamentale, celle d'être l'acte définitif au sein du processus législatif. Comme la Cour d'appel fédérale l'a fait remarquer dans l'arrêt *Première Nation des Hupacasath*, au paragraphe 63, la

power, and there is “no principled distinction between legislative sources of power and prerogative sources of power”. The act of assent, although originally a prerogative power and now wholly constrained by constitutional convention, remains a legislative act and therefore not justiciable.

[48] To conclude, it is the act of the Sovereign, represented in Canada by the Governor General, which moves a bill from the political, legislative process into the realm of normative law. More prosaically, assent breathes life into the law: *Hogan et al. v. Newfoundland (Attorney General) et al.*, 1998 CanLII 18727, 162 Nfld. & P.E.I.R. 132 (S.C.T.D.). The Governor General may signify royal assent in writing, and in my view, everything up to the ink used to signify assent being dry is a legislative act and not justiciable. The application fails on this basis alone.

#### B. *The Governor General as respondent*

[49] I turn now to the threshold statutory objection to this application: whether the respective respondents are federal boards, commissions or other tribunals within the ambit of subsection 2(1) of the *Federal Courts Act*. In addition to the Governor General, the applicants have joined the Minister of Citizenship and Immigration and the Attorney General of Canada both as Ministers and in their capacity as Members of Parliament. The alleged *gravamen* of their conduct as Members of Parliament was to vote in favour of Bill C-24 when they were aware of its patent unconstitutionality.

[50] Again, as noted earlier, the justiciability and jurisdictional inquiries are discrete; justiciability focuses on the nature and character of the act or question before the court, and appropriateness and ability of the court to deal with the matter. Whether the respondents are federal boards turns on the source of the power in question. Thus, whether the Governor General, in granting royal assent is a federal board is determined by the source or origin of the power exercised: *Anisman v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 52 [cited above], at paragraphs 29–30.

question de savoir si une affaire est justiciable n’a aucun rapport avec la source du pouvoir, et il n’existe [TRADUCTION] « aucune distinction rationnelle entre les sources législatives du pouvoir et les sources “prérogative” du pouvoir ». L’acte de la sanction, même s’il s’agissait au départ d’une prérogative et s’il est de nos jours entièrement circonscrit par convention constitutionnelle, demeure un acte législatif et n’est donc pas justiciable.

[48] En conclusion, c’est l’acte du souverain, représenté au Canada par le gouverneur général, qui fait passer un projet de loi du processus législatif, politique, au domaine du droit normatif. Pour parler plus prosaïquement, la sanction donne vie à la loi : *Hogan et al. v. Newfoundland (Attorney General) et al.*, 1998 CanLII 18727, 162 Nfld. & P.E.I.R. 132 (C.S. 1<sup>re</sup> inst.). Le gouverneur général peut signifier la sanction royale par écrit et, selon moi, tout, jusqu’à l’encre séchée qui a servi à la signifier, est un acte législatif et non justiciable. La demande échoue sur ce seul fondement.

#### B. *Le gouverneur général à titre de défendeur*

[49] Voyons maintenant l’objection législative préliminaire à la présente demande : si les défendeurs respectifs sont des offices fédéraux au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*. En plus du gouverneur général, les demandeurs ont joint le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration et le procureur général du Canada, tous deux à titre de ministres et en leur qualité de députés, donc de membres du Parlement. Le fondement allégué de leur conduite à titre de députés a été de voter en faveur du projet de loi C-24, alors qu’ils étaient au courant de son inconstitutionnalité flagrante.

[50] Là encore, comme je l’ai mentionné plus tôt, la justiciabilité et les examens de la question de la compétence sont deux choses distinctes; la justiciabilité est axée sur la nature et le caractère de l’acte ou de la question dont le tribunal est saisi, ainsi que sur le caractère approprié et la capacité du tribunal pour ce qui est de traiter de l’affaire. La question de savoir si les défendeurs sont des offices fédéraux dépend de la source du pouvoir en question. C’est donc dire que la question de savoir si le gouverneur général est un office fédéral lorsqu’il octroie la sanction royale est déterminée par la

[51] Relying on *Anisman*, the applicants contend that the Governor General's decision to grant or withhold assent is subject to the judicial review because its origins lie in the Crown prerogative. That is, the Crown prerogative is the *source* of the Governor General's power to grant royal assent. They say as a matter of constitutional principle, the sovereign has always had the power to grant or withhold assent. As Parliament has not restricted the power to grant royal assent as of the date of patriation of the Constitution in 1982, the Crown prerogative remains the source of the power. As the exercise of Crown prerogative is reviewable by the courts for compliance with the Constitution, so to, it follows, is the decision of the Governor General: *Hupacasath First Nation; Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44.

[52] The Attorney General contends that section 55 of the *Constitution Act, 1867* is the source of the power to grant or withhold assent. In response, the applicants say that section 55 merely *assigns* the power of assent to the Governor General, as opposed to other executive actors such as the Queen directly, or a Lieutenant Governor. Thus, in granting, or withholding assent, the Governor General is exercising a pure prerogative power.

[53] As previously noted, section 17 of the *Constitution Act, 1867* establishes "One Parliament for Canada, consisting of the Queen, an Upper House styled the Senate, and the House of Commons." The Governor General, in granting royal assent, is part of Parliament, and as such, is excluded from judicial review jurisdiction.

[54] Speaking in the context of a judicial review of a decision of a Senate committee, the [Federal] Court of Appeal affirmed the view of Strayer J. that the source of

source ou l'origine du pouvoir exercé : *Anisman c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 52 [précité], aux paragraphes 29 et 30.

[51] Invoquant l'arrêt *Anisman*, les demandeurs soutiennent que la décision du gouverneur général d'octroyer ou de refuser la sanction est susceptible de contrôle judiciaire car ses origines résident dans la prérogative de la Couronne. C'est-à-dire que cette prérogative est la source du pouvoir qu'a le gouverneur général d'octroyer la sanction royale. Les demandeurs disent que pour des raisons de principe constitutionnel le souverain a toujours eu le pouvoir d'octroyer ou de refuser la sanction royale. Le Parlement n'ayant pas limité le pouvoir d'octroyer la sanction royale à la date du rapatriement de la Constitution, en 1982, c'est la prérogative royale qui demeure la source du pouvoir. Comme l'exercice de la prérogative de la Couronne est susceptible de contrôle devant les tribunaux en vue de vérifier sa conformité à la Constitution, il s'ensuit qu'il en est de même de la décision du gouverneur général : *Première Nation des Hupacasath; Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44.

[52] Le procureur général soutient que l'article 55 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est la source du pouvoir d'octroyer ou de refuser la sanction. Les demandeurs rétorquent que l'article 55 attribue simplement le pouvoir de sanction au gouverneur général, par opposition à d'autres intervenants exécutifs, tels que la Reine directement, ou un lieutenant-gouverneur. En conséquence, en octroyant ou en refusant la sanction, le gouverneur général exerce une pure prérogative.

[53] Comme il a été mentionné plus tôt, l'article 17 de la *Loi constitutionnelle de 1867* établit « pour le Canada, un parlement qui sera composé de la Reine, d'une chambre haute appelée le Sénat et de la Chambre des Communes ». En octroyant la sanction royale, le gouverneur général fait partie du Parlement et, à ce titre, il échappe à l'application de la compétence en matière de contrôle judiciaire.

[54] S'exprimant dans le contexte du contrôle judiciaire d'une décision d'un comité sénatorial, la Cour d'appel [fédérale] a confirmé l'opinion du juge Strayer,

the Senate's power was not the *Parliament of Canada Act* [R.S.C., 1985, c. P-1], but rather was the *Constitution Act, 1867* (*Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465 (C.A.), at page 479):

However, in my view, the words “conferred by or under an Act of Parliament” of Canada in section 2 mean that the Act of Parliament has to be the source of the jurisdiction or powers which are being conferred. The privileges, immunities and powers of the Senate are conferred by the Constitution, not by a statute, although the latter defines or elaborates upon the privileges, immunities and powers. Such a statute then is the manifestation of Senate privileges but it is not its source; the source is section 18 of the *Constitution Act, 1867*. [Emphasis in original.]

[55] The decision of the [Federal] Court of Appeal in *Southam* is clear guidance that the power of assent is derived from the *Constitution Act, 1867*.

[56] The provenance of the power to grant or withhold assent lies in the royal prerogative, but that power is now embedded in section 55 of the *Constitution Act, 1867*, and how that prerogative is exercised is constrained by constitutional convention. As Professor Hogg observes, in granting assent, the Governor General “plays no discretionary role whatever”; rather, the Governor General is bound by the conventions of responsible government and “must always give the royal assent to a bill which has passed both Houses of Parliament” (Hogg, at page 9-22). There is “no circumstance” which would justify refusal of assent, as the obligation is that of a constitutional convention (Hogg, at page 9-22).

[57] The applicants also point to the *Royal Assent Act*, S.C. 2002, c. 15 as the act of Parliament which assigns procedural functions of the Governor General regarding the power to grant or withhold assent. Therefore, the applicants argue that as certain facets of royal assent are exercised pursuant to statute, the Governor General, in this respect, is thus brought within the ambit of subsection 2(1) of the *Federal Courts Act*.

à savoir que la source du pouvoir du Sénat n'était pas la *Loi sur le Parlement du Canada* [L.R.C. (1985), ch. P-1], mais plutôt la *Loi constitutionnelle de 1867* (*Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465 (C.A.), à la page 479) :

J'estime cependant que les termes « prévus par une loi fédérale » qui figurent à l'article 2 signifient que la source de la compétence ou des pouvoirs qui sont prévus doit être une loi fédérale. Or, les privilèges, immunités et pouvoirs du Sénat sont prévus par la Constitution, pas par une loi, bien qu'ils soient définis ou explicités par une loi. Une telle loi est donc l'expression des privilèges du Sénat, mais elle n'en est pas la source, puisque celle-ci réside dans l'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. [Souligné dans l'original.]

[55] La décision que la Cour d'appel [fédérale] a rendue dans l'affaire *Southam* dénote clairement que le pouvoir de sanction découle de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[56] La source du pouvoir d'octroyer ou de refuser la sanction réside dans la prérogative royale, mais ce pouvoir est maintenant ancré à l'article 55 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et la manière d'exercer cette prérogative est limitée par convention constitutionnelle. Comme le fait remarquer le professeur Hogg, en octroyant la sanction le gouverneur général [TRADUCTION] « ne joue aucun rôle discrétionnaire »; il est plutôt lié par les conventions du gouvernement responsable et il [TRADUCTION] « doit toujours octroyer la sanction royale à un projet de loi que les deux Chambres du Parlement ont adoptées » (Hogg, à la page 9-22). Il n'existe [TRADUCTION] « aucune circonstance » qui justifierait que l'on refuse la sanction, car l'obligation est celle d'une convention constitutionnelle (Hogg, à la page 9-22).

[57] Les demandeurs soulignent également la *Loi sur la sanction royale*, L.C. 2002, ch. 15 comme étant la loi fédérale qui attribue des fonctions procédurales au gouverneur général, relativement au pouvoir d'octroyer ou de refuser la sanction. Ils soutiennent de ce fait qu'étant donné que certains aspects de la sanction royale sont exercés en vertu d'une loi, le gouverneur général, à cet égard, tombe donc sous le coup du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[58] The *Royal Assent Act* prescribes the form and manner by which assent is communicated. The Governor General may grant royal assent through either a written procedure detailed in the *Royal Assent Act*, or by way of the traditional ceremony where bills are presented to the Governor General and he or she signifies assent by a nod of the head. Section 2 of the *Royal Assent Act* provides:

Form and  
manner of  
royal assent

2. Royal assent to a bill passed by the Houses of Parliament may be signified, during the session in which both Houses pass the bill,

(a) in Parliament assembled; or

(b) by written declaration.

[59] The *Royal Assent Act* also prescribes that assent must be given “in Parliament assembled” at least twice a year, and on the first vote on appropriation, whether main or supplementary estimates, in each session. I note that while the applicants rely on the *Royal Assent Act* to establish that the Governor General is acting pursuant to a statutory power, the preamble provides: “Whereas royal assent is the constitutional culmination of the legislative process”. While it is perhaps too obvious a point to be made, the prerogative to assent predates the *Royal Assent Act*, which was enacted in 2002. The *Royal Assent Act* cannot be the source of the Governor General’s power to grant royal assent, and it is of no support to the applicants.

[60] In sum, in granting assent, the Governor General is not acting under the *Royal Assent Act*, but is exercising a constitutional responsibility vested in him under section 55 of the *Constitution Act [1867]*. The application against His Excellency, The Right Honourable Governor General David Johnston is therefore dismissed.

[58] La *Loi sur la sanction royale* prescrit la forme et la manière de communiquer la sanction. Le gouverneur général peut octroyer la sanction royale soit par une procédure écrite détaillée dans cette loi, soit au moyen de la cérémonie traditionnelle dans le cadre de laquelle les projets de loi sont présentés au gouverneur général et ce dernier signifie la sanction par un hochement de tête. L’article 2 de la *Loi sur la sanction royale* indique :

2. L’octroi de la sanction royale aux projets de loi adoptés par les chambres du Parlement s’effectue, au cours de la session de l’adoption :

Modalités

a) soit devant les trois composantes du Parlement;

b) soit par déclaration écrite.

[59] La *Loi sur la sanction royale* prescrit également que la sanction doit être octroyée « devant les trois composantes du Parlement » au moins deux fois par année, ainsi qu’au premier vote sur l’octroi de crédits, qu’il s’agisse du budget des dépenses principales ou supplémentaires, pendant chaque session. Je signale que bien que les demandeurs invoquent la *Loi sur la sanction royale* pour établir que le gouverneur général agit conformément à un pouvoir législatif, le préambule indique : « Attendu que l’octroi de la sanction royale constitue l’étape constitutionnelle ultime du processus législatif ». Il s’agit peut-être d’un point trop évident à souligner, mais la prérogative de la sanction date d’avant la *Loi sur la sanction royale*, qui a été adoptée en 2002. Cette loi ne peut pas être la source du pouvoir qu’a le gouverneur général d’octroyer la sanction royale, et elle n’est d’aucune aide pour les demandeurs.

[60] En résumé, lorsqu’il octroie la sanction, le gouverneur général n’agit pas en vertu de la *Loi sur la sanction royale*; il exerce une responsabilité constitutionnelle qui lui est conférée par l’article 55 de la *Loi constitutionnelle [de 1867]*. La demande déposée contre Son Excellence le très honorable gouverneur général David Johnston est donc rejetée.



C. *The ministers as respondents*

[61] Subsection 2(1) of the *Federal Courts Act* defines a “federal board, commission or other tribunal”:

## INTERPRETATION

Definitions

2. (1) In this Act,

“federal board, commission or other tribunal”  
« *office fédéral* »

“federal board, commission or other tribunal” means any body, person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than the Tax Court of Canada or any of its judges, any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the Constitution Act, 1867.

[62] If there were any doubt whether members of the House of Commons were a federal board because of the *Parliament of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. P-1 it is put to rest by subsection 2(2) [of the *Federal Courts Act*]:

2. ...

Senate and House of Commons

(2) For greater certainty, the expression “federal board, commission or other tribunal”, as defined in subsection (1), does not include the Senate, the House of Commons, any committee or member of either House, the Senate Ethics Officer or the Conflict of Interest and Ethics Commissioner with respect to the exercise of the jurisdiction or powers referred to in sections 41.1 to 41.5 and 86 of the *Parliament of Canada Act*.

...

[63] Subsection 2(2) makes clear that members of the House of Commons are exempt from the definition of “federal board, commission or other tribunal”. As members of the House of Commons, neither Minister can be joined as a respondent: *Marcus Mennes v. Canada*, 1997 CanLII 6212, 220 N.R. 56 (F.C.A.). The application is

C. *Les ministres à titre de défendeurs*

[61] Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* définit en ces termes ce qu’est un « office fédéral » :

## DÉFINITIONS

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

Définitions

« office fédéral » Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d’une prérogative royale, à l’exclusion de la Cour canadienne de l’impôt et ses juges, d’un organisme constitué sous le régime d’une loi provinciale ou d’une personne ou d’un groupe de personnes nommées aux termes d’une loi provinciale ou de l’article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867.

« office fédéral »  
“*federal board, commission or other tribunal*”

[62] S’il existait un doute quelconque quant au fait de savoir si les membres de la Chambre des communes sont un office fédéral à cause de la *Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. (1985), ch. P-1, il est dissipé par le paragraphe 2(2) [de la *Loi sur les Cours fédérales*] :

2. [...]

Sénat et Chambre des communes

(2) Il est entendu que sont également exclus de la définition de « office fédéral » le Sénat, la Chambre des communes, tout comité ou membre de l’une ou l’autre chambre, le conseiller sénatorial en éthique et le commissaire aux conflits d’intérêts et à l’éthique à l’égard de l’exercice de sa compétence et de ses attributions visées aux articles 41.1 à 41.5 et 86 de la *Loi sur le Parlement du Canada*. [...]

[63] Le paragraphe 2(2) indique clairement que les membres de la Chambre des communes échappent à la définition d’un « office fédéral ». En tant que députés — et donc membres de la Chambre des communes — ni l’un ni l’autre des ministres ne peuvent être joints à titre de défendeurs : *Marcus Mennes c. Canada*, 1997 CanLII



therefore dismissed against the Ministers in their capacity as Members of Parliament.

[64] The result is no different simply because a Member of Parliament also holds a Cabinet portfolio. While Members of Parliament, in their capacity as cabinet ministers, may introduce legislation, and speak in its support in the House and at Committee, they vote with their peers as Members of Parliament. In the act of voting, cabinet ministers stand undifferentiated from other Members of Parliament. Hence the saying, “the executive proposes, the House disposes”. The clear language and intent of subsection 2(1) is neither truncated nor altered by the fact that a member of the House of Commons also is a cabinet minister.

[65] Further, no decision, order or act is alleged to have been made or taken by either the Minister of Citizenship and Immigration or the Attorney General exercising a jurisdiction or power under an act of Parliament which would trigger jurisdiction of this Court. The application against the ministers is also dismissed.

V. Whether section 8 of the Strengthening Citizenship Act is beyond the legislative capacity of Parliament under the *Constitution Act, 1867*

[66] I have disposed of this application on the dual basis that the decision of the Governor General to royal assent is not justiciable and that the respondents are not federal boards within the meaning of subsection 2(1) of the *Federal Courts Act*. However, the underlying substantive question in respect of which declaratory relief is sought, namely whether section 8 of the Strengthening Citizenship Act is beyond the legislative capacity of Parliament under the *Constitution Act, 1867*, remains. With respect to this issue I find that section 8 of the Strengthening Citizenship Act is within the legislative competence of Parliament under the *Constitution Act, 1867*, and has a constitutional foundation in both the general power of section 91 as well as subsection 91(25) of the *Constitution Act, 1867*.

6212 (C.A.F.). La demande à l’encontre des ministres en leur qualité de membres du Parlement est rejetée.

[64] Le résultat n’est pas différent juste parce qu’un membre du Parlement détient également un portefeuille du Cabinet. Même si les membres du Parlement, en leur qualité de ministres du Cabinet, peuvent déposer un projet de loi, et s’exprimer en son appui devant la Chambre et au comité, ils votent avec leurs pairs en tant que membres du Parlement. Par ce vote, les ministres du Cabinet ne sont pas différents des autres membres du Parlement. D’où le dicton : « l’Exécutif propose et la Chambre dispose ». Le libellé et l’intention clairs du paragraphe 2(1) ne sont ni tronqués ni modifiés par le fait qu’un membre de la Chambre des communes est également ministre du Cabinet.

[65] De plus, il n’est pas allégué que le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration ou le procureur général, exerçant une compétence ou un pouvoir en vertu d’une loi fédérale, ont pris une décision, rendu une ordonnance ou posé un geste qui ferait intervenir la compétence de la Cour. La demande à l’encontre des ministres est rejetée elle aussi.

V. L’article 8 de la Loi renforçant la citoyenneté excède-t-il la capacité législative du Parlement que confère la *Loi constitutionnelle de 1867*?

[66] J’ai tranché la présente demande sur le double fondement que la décision du gouverneur général d’octroyer la sanction n’est pas justiciable, et que les défendeurs ne sont pas des offices fédéraux au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Cependant, la question sous-jacente à l’égard de laquelle un jugement déclaratoire est demandé subsiste, et elle consiste à savoir si l’article 8 de la Loi renforçant la citoyenneté excède la capacité législative du Parlement que confère la *Loi constitutionnelle de 1867*. En réponse à cette question, je conclus que cet article 8 relève de la compétence législative que la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement, et qu’il a un fondement constitutionnel à la fois dans le pouvoir général que confère l’article 91 et dans le paragraphe 91(25) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[67] The applicants first argue that citizenship is an inalienable right. At the heart of this argument is the principle of *jus soli*—that citizenship or nationality follows place of birth. *Calvin v. Smith* (1608), 77 E.R. 377 (K.B.) (*Calvin’s case*) established *jus soli* as a common law principle, often expressed as one of perpetual allegiance to the sovereign. Once a subject of the Queen, always a subject of the Queen. *Jus soli* was thus embedded in Canadian law through the “similar in Principle to that of the United Kingdom” preamble clause of the *Constitution Act, 1867* and has the same force and effect as any of the provisions of the *Constitution Act, 1867*. The *Constitution Act, 1867* is silent in regards to “subjects” and “citizens” because it was implicitly understood by the drafters of the Constitution that Parliament had no competence to revoke the rights of natural-born citizens.

[68] The applicants point to the evolution of *jus soli* in the United States from a common law doctrine to a constitutional right of citizenship to argue that this evolution has also occurred in Canada. In my view, no analogy can be made to the consideration of citizenship in American jurisprudence. Since the 14th Amendment in 1868, citizenship on the basis of *jus soli* has been woven into the constitutional jurisprudence of the Supreme Court of the United States such that it is of historical interest alone to this Court.

[69] It therefore follows, according to the applicants, that Parliament cannot legislate with respect to revocation of citizenship of Canadians, whether natural born or naturalized. The legal construct of citizenship is as it stood in 1982. Citizenship is now “frozen and constitutionalized” because of the patriation of the Constitution in 1982. That is, Parliament has no ability to revoke citizenship in the case of natural-born or naturalized citizens because the patriation of the Constitution did not alter key language in the preamble and subsection 91(25). The applicants place considerable emphasis, by way of analogy, on the decision of the Supreme Court of Canada in *Reference re Supreme Court Act*.

[67] Les demandeurs font valoir tout d’abord que la citoyenneté est un droit inaliénable. Au cœur de cet argument réside le principe de *jus soli* — que la citoyenneté ou la nationalité suit le lieu de naissance. L’arrêt *Calvin v. Smith* (1608), 77 E.R. 377 (K.B.) (l’arrêt *Calvin*) a établi le *jus soli* en tant que principe de common law, lequel est souvent exprimé comme un principe d’allégeance perpétuelle au souverain. Sujet de la Reine un jour, sujet de la Reine toujours. Le principe du *jus soli* a donc été intégré au droit canadien par les mots « reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni » qui figurent dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et il a la même force et le même effet que n’importe quelle disposition de cette loi. La *Loi constitutionnelle de 1867* ne dit rien au sujet des « sujets » et des « citoyens » car il était implicitement entendu par les rédacteurs de la Constitution que le Parlement n’était pas compétent pour révoquer les droits des citoyens de naissance.

[68] Les demandeurs font état de l’évolution du principe de *jus soli* aux États-Unis, lequel est passé d’un principe de common law à un droit constitutionnel à la citoyenneté, pour faire valoir que cette évolution a eu lieu elle aussi au Canada. À mon avis, aucune analogie ne peut être faite avec la question de la citoyenneté dans la jurisprudence américaine. Depuis le 14<sup>e</sup> Amendement en 1868, la citoyenneté fondée sur le principe de *jus soli* a été intégrée à la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des États-Unis, de sorte que, aux yeux de la Cour, cette question ne revêt qu’un intérêt historique.

[69] Il s’ensuit donc, selon les demandeurs, que le Parlement ne peut pas légiférer en matière de révocation de la citoyenneté de Canadiens, de naissance ou naturalisés. L’interprétation juridique de la citoyenneté est celle qu’elle était en 1982. La citoyenneté est aujourd’hui [TRADUCTION] « figée et constitutionnalisée » en raison du rapatriement de la Constitution en 1982. C’est-à-dire que le Parlement ne peut pas révoquer la citoyenneté dans le cas d’un citoyen de naissance ou naturalisé parce que le rapatriement de la Constitution n’a pas modifié le libellé principal du préambule et du paragraphe 91(25). Les demandeurs mettent beaucoup l’accent, par analogie, sur la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*.

[70] The applicants' reliance on the *Reference re Supreme Court Act* is of no assistance. The question before the Supreme Court concerned the specific issue of the appointment of judges to the Supreme Court in respect of the province of Quebec, and the amending formulas in section 41 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. The decision does not stand for the proposition that common law principles transform into constitutional principles through the similar in principle clause of the *Constitution Act, 1867*, or that the interpretation of the Constitution is frozen as of the date of patriation.

[71] The applicants' second argument is that, even if the first fails, which it does, Parliament does not have the legislative competence to revoke citizenship. The absence of citizenship as a head of legislative power in the *Constitution Act, 1867*, was a deliberate omission consistent with the inalienability of citizenship as it was known at the time. Parliament's legislative competence was carefully limited at Confederation to simply "naturalization and aliens".

*A. Citizenship is not an inalienable constitutional right*

[72] The applicants' first argument is that citizenship is an inalienable and immutable right, and that this common law principle was essentially cemented in the Canadian constitutional framework in 1867 through the preamble of the Constitution. The genesis of this argument lies in the *Magna Carta* (1215) and *Calvin's* case, to which I now turn.

[73] It is hard to see how, even on a textual basis, the *Magna Carta* assists the applicants. Clause 39 of the *Magna Carta* contemplates that no man will be "outlawed, or exiled" or "deprived of his standing" except by "the lawful judgement of his equals or by the law of the land". Clause 42 grants subjects of the sovereign the right to leave England and to return unharmed and without fear "preserving his allegiance to us". Thus, citizenship was not lost by time spent abroad, subject to

[70] Le fait que les demandeurs invoquent le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême* n'est d'aucune utilité. La question soumise à la Cour suprême avait trait au sujet précis de la nomination de juges à la Cour suprême à l'égard de la province du Québec, ainsi qu'aux formules de modification prévues à l'article 41 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 décision n'étaye pas la thèse selon laquelle les principes de common law se transforment en des principes constitutionnels par le truchement de la clause similaire en principe de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou que l'interprétation de la Constitution est figée depuis la date du rapatriement.

[71] Le second argument des demandeurs est que, même si le premier échoue, ce qui est le cas, le Parlement n'a pas la compétence législative requise pour révoquer la citoyenneté. L'absence de la citoyenneté en tant que chef de compétence législative dans la *Loi constitutionnelle de 1867* était une omission délibérée, qui concordait avec l'inaliénabilité de la citoyenneté telle qu'on la connaissait à l'époque. La compétence législative du Parlement a été soigneusement limitée au moment de la Confédération à « la naturalisation et [aux] aubains ».

*A. La citoyenneté n'est pas un droit constitutionnel inaliénable*

[72] Le premier argument des demandeurs est que la citoyenneté est un droit inaliénable et immuable, et que ce principe de common law a été essentiellement cimenté dans le cadre constitutionnel canadien en 1867 par le préambule de la Constitution. La genèse de cet argument réside dans la *Magna Carta* (1215) et l'arrêt *Calvin*, dont je vais maintenant traiter.

[73] Il est difficile de voir comment, même sur un fondement textuel, la *Magna Carta* aide la cause des demandeurs. Selon l'article 39 de cette dernière, aucun homme ne peut-être « déclaré hors-la-loi, ou exilé » ou « lésé de quelque manière que ce soit » sans « un jugement légal de ses pairs ou selon les lois du pays ». L'article 42 accorde aux sujets du souverain « qui [...] sont loya[ux] » le droit de sortir d'Angleterre et d'y revenir librement et en tout sécurité. On ne perdait donc pas

the qualification that subjects may be “outlawed in accordance with the law”. Exile, and the right to remain in England was subject to “the law of the land”. Therefore these provisions of the *Magna Carta* point in the opposite direction to that urged by the applicants.

[74] Secondly, the *Magna Carta* is not a constitutional instrument. While its seminal place in the development of our constitutional and legal principles is well known, its terms may be, and have been displaced by the legislation of Westminster and Parliament. As Professor Hogg writes, the *Magna Carta* is simply a statute “amenable to ordinary legislative change” (Hogg, at page 34-2). It “has no independent legal significance or legislative weight in the scheme of current Canadian legislation”: *Harper v. Atchison*, 2011 SKQB 38 (CanLII), 369 Sask. R. 134, at paragraph 9. I now turn to the second foundation of the applicants’ argument, *Calvin’s* case.

[75] The applicants are correct when they assert that *Calvin’s* case established a common law entitlement to citizenship based on birthplace (*jus soli*). However, *Calvin’s* case was overtaken by both the common law and statute law.

[76] The *American Colonies Peace Act* (1782), 22 Geo. III, c. 46 (U.K.) and the ensuing *Definitive Treaty of Paris*, United States and Great Britain, 3 September 1783, 8 U.S. Stat. 80, U.K.T.S. 1783 No. 104, Article 1 (the Treaty), recognized the 13 colonies to be a free, independent and sovereign state. The question whether the colonists in the new republic remained British subjects, according to *Calvin’s* case, or whether, by virtue of the Treaty, became citizens of the United States of America, was squarely addressed in *Doe d. Thomas v. Acklam* (1824), 107 E.R. 572 (K.B.). The Court [at page 578] found that those born in the United States during the time of British colonies were “undoubtedly” British subjects, but that the inhabitants generally became United States citizens and aliens to Britain. The Court

la citoyenneté en passant du temps à l’étranger, sous réserve de la restriction selon laquelle les sujets peuvent être « déclarés hors-la-loi en application des lois du royaume ». L’exil, ainsi que le droit de demeurer en Angleterre, étaient soumis aux « lois du royaume ». C’est donc dire que ces dispositions de la *Magna Carta* mènent à une conclusion contraire à celle que prônent les demandeurs.

[74] Deuxièmement, la *Magna Carta* n’est pas un instrument constitutionnel. Même si la place fondamentale qu’elle occupe dans l’élaboration de nos principes constitutionnels et juridiques est bien connue, ses clauses peuvent être — et ont été — écartées par les lois de Westminster et le Parlement. Comme l’a écrit le professeur Hogg, la *Magna Carta* est simplement une loi [TRADUCTION] « pouvant être l’objet de changements législatifs ordinaires » (Hogg, à la page 34-2). Elle [TRADUCTION] « n’a aucune importance juridique ou aucun poids législatif indépendants dans le régime de la législation canadienne actuelle » : *Harper v. Atchison*, 2011 SKQB 38 (CanLII), 369 Sask. R. 134, au paragraphe 9. Voyons maintenant le second fondement de l’argument des demandeurs, l’arrêt *Calvin*.

[75] Les demandeurs ont raison d’affirmer que l’arrêt *Calvin* a établi un droit de common law à la citoyenneté fondé sur le lieu de naissance (*jus soli*), mais cet arrêt a été supplanté par la common law ainsi que par le droit statutaire.

[76] L’*American Colonies Peace Act* (1782), 22 Geo. III, ch. 46 (R.-U.) et l’instrument qui l’a suivie, le *Definitive Treaty of Paris*, United States and Great Britain, 3 septembre 1783, 8 U.S. Stat. 80, U.K.T.S. n° 104, article 1 (le Traité), ont reconnu que les 13 colonies étaient un État libre, indépendant et souverain. La question de savoir si les colons de la nouvelle république resteraient sujets britanniques, conformément à l’arrêt *Calvin*, ou si, aux termes du Traité, ils deviendraient citoyens des États-Unis d’Amérique, a été directement analysée dans l’arrêt *Doe d. Thomas v. Acklam* (1824), 107 E.R. 572 (K.B.). La Cour a conclu [à la page 578] que les personnes nées aux États-Unis à l’époque des colonies britanniques étaient [TRADUCTION] « sans nul doute » des sujets britanniques, mais que les habitants

[at page 578] held that the plaintiff's father, through his continued residence in the United States, "manifestly became a citizen of them". Further, the Court held that subsequent acts of Parliament gave validity to the Treaty, thus ending the debate, and reversing the principle expressed in *Calvin's* case. As the principle of perpetual allegiance and *jus soli* was rejected in *Doe d. Thomas v. Acklam* prior to Confederation, it could not have been incorporated into the preamble of the *Constitution Act, 1867*, and frozen by the *Constitution Act, 1982*.

[77] There was, therefore, no common law doctrine extant at Confederation which, through the preamble to the *Constitution Act, 1867*, could become an unwritten constitutional principle of an inalienable right to citizenship. Since no such right existed it therefore could not then have been "frozen and constitutionalized" upon the patriation of the *Constitution Act, 1867*. I leave aside the question as to how a common law principle, even if it was unequivocally established, metamorphosed into a constitutional requirement. Charter considerations aside, the jurisprudence and legislative history teach that citizenship does not have the same dimension.

[78] I note as well that this case stands far removed from those where an unwritten principle was found to have a constitutional dimension through the similar in principle clause. For example, the independence of the judiciary in Canada is partly secured by written constitutional provisions, partly by "unwritten constitutional principles", but is "most effectively secured" by a long political tradition going back to the beginning of the eighteenth century in Britain (Hogg, at page 34-3). Other such examples include the independence of the legal profession; the rule of the law and the separation of powers (Hogg, at page 34-3; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 54-55).

étaient généralement devenus des citoyens des États-Unis et des étrangers par rapport à la Grande-Bretagne. La Cour a conclu [à la page 578] que le père du demandeur, qui résidait de manière continue aux États-Unis, était [TRADUCTION] « manifestement devenu citoyen des États-Unis ». Elle a de plus conclu que des lois ultérieures du Parlement avaient validé le Traité, mettant ainsi fin au débat et annulant le principe exprimé dans l'arrêt *Calvin*. Le principe de l'allégeance perpétuelle et de *jus soli* ayant été rejeté dans l'arrêt *Doe d. Thomas v. Acklam* avant la Confédération, il n'aurait pas pu être intégré au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et figé par la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[77] Il n'y avait donc aucun principe de common law existant à l'époque de la Confédération qui, par le truchement du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, aurait pu devenir un principe constitutionnel non écrit faisant état d'un droit inaliénable à la citoyenneté. Comme il n'existait aucun droit de cette nature, il n'aurait donc pas pu être [TRADUCTION] « figé et constitutionnalisé » au moment du rapatriement de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je mets de côté la question de savoir de quelle façon un principe de common law, même s'il a été établi de manière non équivoque, s'est métamorphosé en une exigence constitutionnelle. Abstraction faite des questions relatives à la Charte, la jurisprudence et l'historique législatif enseignent que la citoyenneté n'a pas la même dimension.

[78] Je signale également que la présente affaire s'écarte nettement de celles dans lesquelles il a été conclu qu'un principe non écrit revêtait une dimension constitutionnelle par le truchement de la clause semblable en principe. Par exemple, au Canada, l'indépendance du secteur judiciaire est garantie en partie par des dispositions constitutionnelles écrites et en partie par des [TRADUCTION] « principes constitutionnels non écrits », mais elle est [TRADUCTION] « garantie de la manière la plus efficace qui soit » par une tradition politique de longue date, qui remonte au début du XVIII<sup>e</sup> siècle en Grande-Bretagne (Hogg, à la page 34-3). D'autres exemples du genre comprennent l'indépendance de la profession juridique, le principe de la primauté du droit et la séparation des pouvoirs (Hogg, à la page 34-3; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 54 et 55).



[79] The proposition that citizenship is an inalienable right that cannot be defined, circumscribed or revoked by Parliament has no support. Certainly, by 1824, the year in which *Doe d. Thomas v. Acklam* was decided, the concept that citizenship was inalienable had been rejected. Legislative and judicial responses to events in pre- and post-Confederation Canada and in the United Kingdom also cast considerable doubt on the concept of a perpetual bond between the subject and sovereign as a common law principle, let alone one with a constitutional dimension.

[80] Finally, legislation can always, save the constraint of the division of powers and the Charter, trump common law principles. As Professor Hogg notes, Parliament received powers as “plenary and ample” as those of the United Kingdom Parliament (Hogg, at page 34-3). Thus, Parliament can, through legislation, reverse or override any common law principle. A historical review of such legislative and judicial responses illustrates that neither Westminster, nor Parliament, felt that citizenship was inalienable.

(1) Pre-1931 historical review of legislation providing loss of citizenship

[81] In 1814, the legislature of Upper Canada enacted *An Act to declare certain Persons, therein described, Aliens, and to vest their Estates in His Majesty*, Statutes of Upper Canada, (1814), 54 Geo. III, c. 9 (the Aliens Act). The Aliens Act deemed those British colonists who left Upper Canada to fight for the Americans in the War of 1812 to be aliens, and forfeited their lands to the Crown.

[82] In 1869, the Lord Chief Justice noted on the need to reform the “inflexible rule, that no British subject can put off his country or the natural allegiance which he owes to the Sovereign” (Sir Alex Cockburn, *Nationality: The Law Relating to Subjects and Aliens* (London: William Ridgway, 1869), at pages 198–203).

[79] La thèse selon laquelle la citoyenneté est un droit inaliénable que le Parlement ne peut pas définir, circonscrire ou révoquer n’a aucun appui. Certes, en 1824, année où l’affaire *Doe d. Thomas v. Acklam* a été tranchée, le concept selon lequel la citoyenneté était inaliénable a été rejeté. Les réponses législatives et judiciaires à des événements survenus avant et après la Confédération canadienne et au Royaume-Uni jettent également de sérieux doutes sur l’idée d’un lien perpétuel entre un sujet et son souverain en tant que principe de common law, et encore moins en tant que principe revêtant une dimension constitutionnelle.

[80] Enfin, une loi peut toujours, exception faite de la limite que représentent la division des pouvoirs et la Charte, avoir préséance sur un principe de common law. Comme le signale le professeur Hogg, le Parlement a reçu des pouvoirs [TRADUCTION] « amples et exclusifs », comme ceux du Parlement du Royaume-Uni (Hogg, à la page 34-3). Il peut donc, par voie législative, invalider n’importe quel principe de common law, ou y passer outre. Il ressort d’un examen historique de diverses réponses législatives et judiciaires de cette nature que ni Westminster, ni le Parlement, n’ont estimé que la citoyenneté était inaliénable.

1) Revue historique des lois prévoyant la perte de la citoyenneté avant 1931

[81] En 1814, la législature du Haut-Canada a édicté une loi appelée *An Act to declare certain Persons, therein described, Aliens, and to vest their Estates in His Majesty*, Statutes of Upper Canada, (1814), 54 Geo. III, ch. 9 (la Aliens Act). La Aliens Act a considéré les colons britanniques qui avaient quitté le Haut-Canada pour se battre en compagnie des Américains dans la Guerre de 1812 comme des étrangers, et a confisqué leurs terres en faveur de la Couronne.

[82] En 1869, le lord juge en chef a fait remarquer qu’il était nécessaire de réformer la [TRADUCTION] « règle inflexible selon laquelle aucun sujet britannique ne peut rejeter son pays ou l’allégeance naturelle qu’il doit au Souverain » (Sir Alex Cockburn, *Nationality : The Law Relating to Subjects and Aliens* (London : William Ridgway, 1869), aux pages 198 à 203).



[83] Reform arrived through the Imperial *The Naturalization Acts, 1870 and 1872* (U.K.), 35 & 36 Vict., c. 39 and *The Naturalization Act, 1881*, S.C. 1881, c. 13 (*The Naturalization Act, 1881*), which allowed citizens to expatriate themselves, an option inconsistent with the premise which underlies the applicants' argument.

[84] These statutes removed any uncertainty which may have lingered after *Doe d. Thomas v. Acklam*. Indeed, in 1883, Alfred Howell observed that the Canadian and Imperial legislation “abrogates the old rule of law, *nemo potest exire patriam* [no one can get rid of his country], and concedes the right of expatriation, thus sweeping away the formerly well known theory, —‘once a British subject always a British subject’” (Alfred Howell, “Expatriation” (1883), III:12 *The Canadian Law Times* 463). *The Naturalization Act, 1881* also provided that women who married aliens adopted the nationality of their spouses and were no longer British subjects. Further, the acts had retroactive effect; women who had married aliens before the acts became law were automatically, by operation of the statute, deemed to be aliens.

[85] World War I also triggered legislative responses in respect of citizenship, again inconsistent with the applicants' position. *The Naturalization Act, 1914*, S.C. 1914, c. 44, subsection 7(2), and its Imperial equivalent, provide for the revocation of citizenship where the person “has shown himself by act or speech to be disaffected or disloyal to His Majesty”. Disloyalty included trading and communicating with the enemy where continuance of the certificate was “not conducive to the public good”. Revocation of status as a British subject on these grounds remained part of Canadian law until 1958: *An Act to amend the Canadian Citizenship Act*, S.C. 1958, c. 24, section 2.

[83] La réforme en question est apparue avec *The Naturalization Acts, 1870 and 1872* (R.-U.), 35 & 36 Vict., ch. 39 et de l'Acte canadien de 1881 sur la naturalisation, S.C. 1881, ch. 13 (*l'Acte canadien de 1881 sur la naturalisation*) de l'Empire, qui permettaient aux citoyens de s'expatrier, une option incompatible avec la prémisse qui sous-tend l'argument des demandeurs.

[84] Ces lois ont fait disparaître toute incertitude qui aurait pu subsister après l'arrêt *Doe d. Thomas v. Acklam*. En fait, en 1883, Alfred Howell a fait remarquer que la législation canadienne et impériale [TRADUCTION] « abroge l'ancienne règle de droit *nemo potest exire patriam* [nul ne peut se départir de son pays] et reconnaît le droit d'expatriation, écartant ainsi l'adage autrefois bien connu : “sujet britannique un jour, sujet britannique toujours” » (Alfred Howell, « Expatriation » (1883), III:12 *The Canadian Law Times* 463). L'Acte canadien de 1881 sur la naturalisation prévoyait également que les femmes qui épousaient un étranger adoptaient la nationalité de leur époux et n'étaient plus sujettes britanniques. De plus, les lois avaient un effet rétroactif : les femmes qui avaient épousé un étranger avant leur entrée en vigueur étaient d'office, par application de la loi, considérées comme étrangères.

[85] La Première guerre mondiale a déclenché elle aussi des réponses législatives au sujet de la citoyenneté, des réponses qui, là encore, ne concordent pas avec la position des demandeurs. La *Loi concernant la Naturalisation, 1914*, S.C. 1914, ch. 44, paragraphe 7(2), et son pendant impérial, prévoient la révocation de la citoyenneté dans les cas où la personne [TRADUCTION] « a montré, par ses gestes ou ses paroles, qu'elle était mécontente de Sa Majesté ou lui était déloyale ». Cette déloyauté comportait le fait de faire commerce et communiquer avec l'ennemi, et le maintien du certificat n'était [TRADUCTION] « pas favorable à l'intérêt public ». La révocation, pour ses motifs, du statut de sujet britannique a continué de faire partie du droit canadien jusqu'en 1958 : *Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1958, ch. 24, article 2.

(2) Post-1931 historical review of legislation providing loss of citizenship

[86] Canada only obtained the exclusive jurisdiction over citizenship in 1931 with the passage of the *Statute of Westminster, 1931* (U.K.) [22 Geo. V, c. 4 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 27]], and it was not until 1947 when the first *Canadian Citizenship Act*, S.C. 1946, c. 15 (*Canadian Citizenship Act*) was enacted, and the concept of Canadian citizenship was created: *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, at paragraph 30. The *Canadian Citizenship Act* provided for loss of citizenship when a Canadian with dual nationality served in the armed forces of a country that was at war with Canada. This disenfranchisement provision remained in force until 1977 with the passage of the *Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108.

[87] The *Canadian Citizenship Act* was amended in 1953. Persons born outside of Canada but deemed by operation of the statute to be citizens by parentage, lost their citizenship if they failed to establish a domicile in Canada or file a declaration of citizenship by a certain age: see *Taylor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 349, [2008] 3 F.C.R. 324, at paragraphs 77–81.

[88] More recently, the *British Nationality Act, 1981* (U.K.), 1981, c. 61, legislated that all children born in the U.K. were not necessarily British subjects, and, in 2002, the act was amended to allow for revocation where the Secretary of State is “satisfied that the deprivation is conducive to the public good”.

[89] This brief historical survey of the legislative treatment of nationality and citizenship demonstrates that neither Westminster, nor Parliament, felt constrained by the *jus soli* principle. Nationality or citizenship could be lost, in some cases, retroactively, by conduct, absence from the country, and marriage. As early as 1871 in the United Kingdom and 1881 in Canada, citizens could, of their own volition, revoke their citizenship.

2) Revue historique des lois prévoyant la perte de la citoyenneté après 1931

[86] Le Canada n’a acquis la compétence exclusive sur la citoyenneté qu’en 1931, au moment de l’adoption du *Statute of Westminster, 1931* (R.-U.) [22 Geo. V, ch. 4 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 27]], et il a fallu attendre jusqu’en 1947 pour voir adopter la première *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1946, ch. 15 (la *Loi sur la citoyenneté canadienne*) et la création du concept de la citoyenneté canadienne : *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, au paragraphe 30. La *Loi sur la citoyenneté canadienne* prévoyait la perte de la citoyenneté dans les cas où un Canadien ayant la double nationalité servait dans les forces armées d’un pays en guerre contre le Canada. Cette disposition est restée en vigueur jusqu’en 1977, quand a été adoptée la *Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, ch. 108.

[87] La *Loi sur la citoyenneté canadienne* a été modifiée en 1953. Les personnes nées à l’extérieur du Canada mais considérées, par application de la loi, comme citoyens par filiation perdaient leur citoyenneté s’ils n’établissaient pas un lieu de domicile au Canada ou ne produisaient pas une déclaration de citoyenneté avant un certain âge : voir *Taylor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CAF 349, [2008] 3 R.C.F. 324, aux paragraphes 77 à 81.

[88] Plus récemment, la *British Nationality Act, 1981* (R.-U.), 1981, ch. 61, a prescrit que tous les enfants nés au Royaume-Uni n’étaient pas nécessairement sujets britanniques et, en 2002, cette loi a été modifiée pour faire droit à la révocation dans les cas où le secrétaire d’État est [TRADUCTION] « convaincu que la privation est favorable à l’intérêt public ».

[89] Cette brève revue historique du traitement législatif de la nationalité et de la citoyenneté montre que ni Westminster ni le Parlement ne se sont sentis limités par le principe de *jus soli*. Il était possible à une personne de perdre la nationalité ou la citoyenneté dans certains cas, rétroactivement, du fait de sa conduite, de son absence du pays et de son mariage. Dès 1871 au Royaume-Uni, et 1881 au Canada, les citoyens pouvaient, de leur propre gré, révoquer leur citoyenneté.

[90] It is trite to note that the fact Parliament and Westminster enacted legislation does not make it constitutional. That is not the object of this review, rather it demonstrates that even if *jus soli* was a common law principle, it had long been displaced by legislation, and that in the 190 years since *Doe d. of Thomas v. Acklam*, no Canadian or U.K. court cast doubt on the ability of Parliament or Westminster to do so. Indeed, the legislative history and jurisprudence establishes the opposite. Nationality and citizenship are entirely statutory constructs.

*B. The absence of citizenship as an enumerated head of legislative competence and Parliament's exclusive jurisdiction over citizenship*

[91] The applicants next point to the absence of citizenship as a head of legislative power in the *Constitution Act, 1867*. They say that the omission was deliberate, consistent with the inalienability of citizenship as it was known at the time. The framers of the *British North America Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]], did not address citizenship as a head of power, as citizenship, as it was understood as matter of law, was inalienable. There is, therefore, no constitutional authority, and no legislative competence, for any government to revoke citizenship of a natural born or naturalized Canadian citizen. However, the applicants' position is inconsistent with settled principles of constitutional interpretation and law.

[92] Citizenship is a creature of statute. The [Federal] Court of Appeal and the Supreme Court of Canada have made clear that there is no independent or free-standing right to citizenship except as accorded by the provisions in Part I [sections 3 to 6]—The Right to Citizenship of the *Citizenship Act*. Citizenship may be acquired through birth (paragraphs 3(1)(a) and (b)), or naturalization (paragraph 3(1)(c)). Since the passage of the *Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108, Part II [sections 6 to 9] of the *Citizenship Act*—Loss of Citizenship—has authorized the loss of citizenship

[90] Il est superflu de signaler que le fait que le Parlement et Westminster aient adopté une loi ne rend pas cette dernière constitutionnelle. Cette question n'est pas l'objet du présent contrôle, mais elle démontre que même si le *jus soli* était un principe de common law, la loi l'avait écarté depuis longtemps et que, dans les 190 années qui se sont écoulées depuis l'arrêt *Doe d. Thomas v. Acklam*, aucun tribunal du Canada ou du Royaume-Uni n'a mis en doute la capacité du Parlement ou de Westminster de le faire. En fait, l'historique législatif et la jurisprudence établissent le contraire : la nationalité et la citoyenneté sont des conceptions entièrement statutaires.

*B. L'absence de citoyenneté en tant que chef de compétence législative énuméré et la compétence exclusive du Parlement sur la citoyenneté*

[91] Les demandeurs font ensuite état de l'absence de la citoyenneté en tant que chef de compétence législative dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ils disent que l'omission était délibérée et qu'elle concordait avec l'inaliénabilité de la citoyenneté telle qu'on la connaissait à l'époque. Les rédacteurs de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] n'ont pas considéré la citoyenneté comme un chef de compétence, car la citoyenneté, telle qu'elle était comprise en droit, était inaliénable. Aucun gouvernement n'a donc le pouvoir constitutionnel et la compétence législative de révoquer la citoyenneté d'un citoyen canadien de naissance ou naturalisé. La position des demandeurs ne concorde toutefois pas avec les principes établis de l'interprétation constitutionnelle et du droit.

[92] La citoyenneté est une création de la loi. La Cour d'appel [fédérale] et la Cour suprême du Canada ont clairement indiqué qu'il n'existe aucun droit indépendant ou distinct à la citoyenneté, hormis celui qu'accordent les dispositions de la partie I [articles 3 à 6], intitulée « Le droit à la citoyenneté », de la *Loi sur la citoyenneté*. La citoyenneté peut être acquise par naissance (alinéas 3(1)a) et b)) ou par naturalisation (alinéa 3(1)c)). Depuis l'adoption de la *Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, ch. 108, la partie II [articles 6 à 9] de la *Loi sur la citoyenneté*, intitulée « Perte

pursuant to subsection 10(1), where the Governor in Council is satisfied, on the basis of a report from the Minister, that the person has obtained citizenship by fraud or misrepresentation. As the [Federal] Court of Appeal said in *Taylor*, at paragraph 50:

Our Court, in *Solis v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 512 (F.C.A.), leave to appeal to Supreme Court of Canada denied [2000] 2 S.C.R. xix, has held that Canadian citizenship is a creature of federal statute and has no meaning apart from statute and that in order to be a Canadian citizen, a person must satisfy the applicable statutory requirements (see, also, *McLean v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 3 F.C. 127 (C.A.), affg (1999), 177 F.T.R. 219 (F.C.T.D.), and *Veleta v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 268 D.L.R. (4th) 513 (F.C.A.).

[93] Citizenship did not exist as a concept at the time of Confederation, as persons born in, or naturalized in, the British Empire were considered British subjects. In the original understanding of the words “naturalization and aliens” in subsection 91(25) of the *Constitution Act, 1867*, an “alien” was a person who was not a British subject, and “naturalization” was the granting of British-subject status to a person born outside the British Empire (Hogg, at page 26-5).

[94] Citizenship need not be explicitly listed as a head of power for it to fall within the exclusive jurisdiction of Parliament. Professor Hogg has explained that it is not clear whether the power of Parliament to pass citizenship legislation “comes from s. 91(25) or from the peace, order, and good government power in the opening words of s. 91” (Hogg, at page 26-5). In my view, it is not necessarily that it be a choice of one or the other. Citizenship clearly falls within Parliament’s residual powers under the opening words of section 91 (peace, order, and good government), as well as subsection 91(25). Although written some 65 years ago, Justice Rand’s analysis of the power in *Winner v. S.M.T.*, [1951] S.C.R. 887, at pages 918–919, remains compelling in its logic and elegance:

de la citoyenneté », autorise la perte de la citoyenneté conformément au paragraphe 10(1) si le gouverneur en conseil est convaincu, sur rapport du ministre, que la personne a acquis la citoyenneté par fraude ou au moyen d’une fausse déclaration. Ainsi que l’a déclaré la Cour d’appel [fédérale] dans l’arrêt *Taylor*, au paragraphe 50 :

Notre Cour, dans *Solis c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1407 (C.A.) (QL), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée [2002] 2 R.C.S. xiv, a conclu que le concept de citoyenneté canadienne est une création statutaire fédérale, qu’il n’a pas de sens autre que celui que lui reconnaît la loi et que pour être citoyen canadien, une personne doit satisfaire aux exigences de la loi applicables. (Voir aussi *McLean c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2001] 3 C.F. 127 (C.A.), confirmant [1999] A.C.F. n° 1741 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), et *Veleta c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CAF 138.

[93] La citoyenneté n’est pas une notion qui existait à l’époque de la Confédération, car les personnes nées ou naturalisées dans l’Empire britannique étaient considérées comme des sujets britanniques. Au sens premier des termes « [l]a naturalisation et les aubains », qui figurent au paragraphe 91(25) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, un « aubain » était une personne qui n’était pas sujet britannique, et la « naturalisation » était l’octroi du statut de sujet britannique à une personne née à l’extérieur de l’Empire britannique (Hogg, à la page 26-5).

[94] Il n’est nul besoin que la citoyenneté soit explicitement énumérée en tant que chef de compétence pour relever de la compétence exclusive du Parlement. Le professeur Hogg a expliqué qu’on ne sait pas avec certitude si le pouvoir qu’a le Parlement d’adopter des dispositions législatives en matière de citoyenneté [TRADUCTION] « découle du paragraphe 91(25) ou du pouvoir de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement, comme il est indiqué au début de l’article 91 » (Hogg, à la page 26-5). À mon avis, il ne faut pas nécessairement que ce soit le choix de l’un ou de l’autre. La citoyenneté relève manifestement des pouvoirs résiduels que confère au Parlement les premiers mots de l’article 91 (paix, ordre et bon gouvernement), ainsi que du paragraphe 91(25). Même si elle a été écrite il y a quelque 65 ans de cela, l’analyse que le juge Rand a faite au sujet de ce pouvoir dans l’arrêt *Winner v.*

The first and fundamental accomplishment of the constitutional Act was the creation of a single political organization of subjects of His Majesty within the geographical area of the Dominion, the basic postulate of which was the institution of a Canadian citizenship. Citizenship is membership in a state; and in the citizen inhere those rights and duties, the correlatives of allegiance and protection, which are basic to that status.

The Act makes no express allocation of citizenship as the subject-matter of legislation to either the Dominion or the provinces; but as it lies at the foundation of the political organization, as its character is national, and by the implication of head 25, section 91, “Naturalization and Aliens”, it is to be found within the residual powers of the Dominion: *Canada Temperance* case (1), at p. 205. Whatever else might have been said prior to 1931, the Statute of Westminster, coupled with the declaration of constitutional relations of 1926 out of which it issued, creating, in substance, a sovereignty, concludes the question. [Emphasis added.]

[95] Subsection 91(25) complements the general power, and reinforces the conclusion that all aspects of citizenship are within the exclusive and plenary authority of Parliament. It is implicit, indeed logically imperative, that legislative competence over naturalization includes competence over citizenship. If it did not, it would leave unanswered the question as to the end result of the naturalization process—naturalized to what? Similarly implicit in the concept of “alien” is a legal state or status from which one is alienated. “Naturalization” and “alien” both require, for their understanding and meaning, juxtaposition or distinction with citizenship or nationality.

[96] The applicants’ argument that the power to legislate with respect to the revocation of citizenship is outside the legislative competence of *both* Parliament and the provincial legislatures because the language of “citizen” or “citizenship” is not specifically mentioned in the *Constitution Act, 1867* ignores Justice Rand’s comments in *Winner*, the broad residual powers left to Parliament in section 91 of the *Constitution Act, 1867*, and the specific allocation of a key aspect of citizenship

*S.M.T.*, [1951] R.C.S. 887, aux pages 918 et 919, demeure convaincante par sa logique et son élégance :

[TRADUCTION] La réalisation fondamentale de la Loi constitutionnelle a été la création d’une organisation politique unifiée de sujets de Sa Majesté dans les limites géographiques du Dominion, dont le postulat fondamental était l’institution de la citoyenneté canadienne. La citoyenneté est l’appartenance à un État, et en le citoyen s’incarnent les droits et obligations, corollaires de l’allégeance et de la protection, qui constituent le fondement de ce statut.

La Loi ne prévoit pas expressément que la citoyenneté relève de la compétence législative du Dominion ou des provinces; mais étant donné que la citoyenneté se trouve à la base même de l’organisation politique et qu’elle revêt un caractère national, et vu la rubrique 25 de l’article 91, « La naturalisation et les aubains », il faut conclure qu’elle relève des pouvoirs résiduels du Dominion : l’affaire de la « tempérance », à la page 205. Indépendamment de ce qu’on a pu dire avant 1931, le Statute of Westminster, ajouté aux déclarations de relations constitutionnelles de 1926 desquelles il découlait et qui ont essentiellement eu pour effet de créer la souveraineté, vide le débat. [Non souligné dans l’original.]

[95] Le paragraphe 91(25) vient compléter le pouvoir général, et il renforce la conclusion selon laquelle tous les aspects de la citoyenneté relèvent de la compétence exclusive du Parlement. Il est implicite, logiquement impératif en fait, que la compétence législative sur la naturalisation englobe la compétence sur la citoyenneté. Sinon, cela laisserait sans réponse la question relative au résultat ultime du processus de naturalisation — naturalisé par rapport à quoi? Dans le même ordre d’idées, un élément implicite de la notion d’« aubain » est une situation ou un statut juridique auquel une personne est étrangère. Pour leur sens et leur compréhension, les mots « naturalisation » et « aubain » requièrent tous deux qu’on les juxtapose à la citoyenneté ou à la nationalité ou qu’on les distingue d’avec ces deux concepts.

[96] L’argument des demandeurs selon lequel le pouvoir de légiférer sur la révocation de la citoyenneté excède la compétence législative à la fois du Parlement et des législatures provinciales parce que les mots « citoyen » ou « citoyenneté » ne sont pas expressément mentionnés dans la *Loi constitutionnelle de 1867* fait abstraction des commentaires qu’a formulés le juge Rand dans l’arrêt *Winner*, des vastes pouvoirs résiduels que confère au Parlement l’article 91 de la *Loi*



to Parliament in subsection 91(25). It also is inconsistent with governing principles of interpretation as well as the principle of exhaustiveness in the division of powers.

[97] As a matter of long-standing doctrine, the Constitution is to be interpreted in a liberal manner that ensures its vitality and relevance to a large, complex and evolving nation. In *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at page 136, Lord Sankey referred to the *British North America Act* as “a living tree capable of growth and expansion within its natural limits.” Aeronautics, regulation of radio frequencies, the creation and development of a national capital region are all examples of the evolution of the Constitution to respond to change: *Reference re legislative powers as to regulation and control of aeronautics in Canada*, [1930] S.C.R. 663; *Reference re Regulation and Control of Radio Communication*, [1931] S.C.R. 541; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663. The concept of citizenship and the subsequent rights that flow from the concept have also changed over time. The argument that revocation of citizenship is untouchable because the language of “citizen” or “citizenship” is not explicitly included in the Constitution is incompatible with the living tree doctrine. Indeed, this argument ignores the capabilities of the Constitution and instead fells the tree.

[98] The principle of exhaustiveness recognizes that there is no legislative power that is not held by either Parliament or the Legislatures. It ensures that there is no vacuum in the legislative capacity of government. As the Supreme Court of Canada explained in *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, at paragraph 34:

The principle of exhaustiveness, an essential characteristic of the federal distribution of powers, ensures that the whole of legislative power, whether exercised or merely potential, is distributed as between Parliament and the legislatures: *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*,

*constitutionnelle de 1867* de même que de l’attribution précise d’un aspect clé de la citoyenneté au Parlement au paragraphe 91(25). Cet argument est également incompatible avec les principes d’interprétation applicables ainsi qu’avec le principe de l’exhaustivité du partage des pouvoirs.

[97] Il est un principe établi de longue date que la Constitution doit être interprétée d’une manière libérale qui garantit sa vitalité et sa pertinence pour une nation de grande taille, complexe et en constante évolution. Dans l’arrêt *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney General*, [1930] A.C. 124 (P.C.), à la page 136, le lord Sankey a comparé l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique* à [TRADUCTION] « un arbre susceptible de croître et de se développer à l’intérieur de ses limites naturelles ». L’aéronautique, la réglementation des fréquences radio, la création et la mise en valeur d’une région de la Capitale nationale illustrent toutes l’évolution qu’a connue la Constitution en vue de répondre aux changements : *Reference re legislative powers as to regulation and control of aeronautics in Canada*, [1930] R.C.S. 663; *Reference re Regulation and Control of Radio Communication*, [1931] R.C.S. 541; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663. La notion de citoyenneté et les droits qui en découlent ont eux aussi changé au fil du temps. L’argument selon lequel la révocation de la citoyenneté est intouchable parce que les mots « citoyen » ou « citoyenneté » ne sont pas explicitement inclus dans la Constitution est incompatible avec le principe de l’arbre. En fait, cet argument fait abstraction des capacités de la Constitution et jette plutôt l’arbre au sol.

[98] Le principe de l’exhaustivité reconnaît qu’il n’existe aucun pouvoir législatif que le Parlement ou les législatures ne détiennent pas. Il garantit que la capacité législative des gouvernements ne souffre d’aucun vide. Comme l’a expliqué la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, au paragraphe 34 :

Le principe de l’exhaustivité, qui est une caractéristique essentielle du partage des compétences, veut que la totalité des pouvoirs législatifs, exercés ou simplement susceptibles de l’être, soient répartis entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales : *Attorney-General for Ontario c.*



[1912] A.C. 571 (P.C.) at p. 581; and *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (P.C.). In essence, there is no topic that cannot be legislated upon, though the particulars of such legislation may be limited by, for instance, the *Charter*.

[99] Given these principles, it is clear that Parliament must enjoy exclusive and unqualified legislative competence over citizenship, subject only to constraints of the Charter of Rights and Freedoms.

## VI. Conclusion

[100] The application for judicial review is dismissed. The matter in respect of which judicial review is sought, the decision to grant royal assent, is a legislative act and not justiciable. The respondents are not federal boards exercising a power or jurisdiction conferred under an act of Parliament. In any event, the substantive argument with respect to constitutionality of the Strengthening Citizenship Act fails. Section 8 of the Strengthening Citizenship Act is within the legislative competence of Parliament.

## JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that the application is dismissed, with costs. If parties cannot agree on the amount of costs, submissions of no more than 5 pages in length may be made within 10 days from the date of this decision.

*Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571 (C.P.), p. 581; et *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (C.P.). Cela veut dire qu'il n'existe essentiellement aucun sujet à l'égard duquel une loi ne puisse être édictée, bien que la teneur particulière de cette loi puisse être limitée, par exemple, par la *Charte*.

[99] Compte tenu de ces principes, il est évident que le Parlement doit jouir d'une compétence législative exclusive et inconditionnelle sur la citoyenneté, qui n'est assujettie qu'aux limites que fixe la Charte des droits et libertés.

## VI. Conclusion

[100] La demande de contrôle judiciaire est rejetée. La question visée par cette demande — la décision d'octroyer la sanction royale — est un acte législatif et n'est pas justiciable. Les défendeurs ne sont pas des offices fédéraux qui exercent un pouvoir ou une compétence qu'une loi fédérale leur a conférés. En tout état de cause, l'argument de fond invoqué à propos de la constitutionnalité de la Loi renforçant la citoyenneté est rejeté. L'article 8 de la Loi renforçant la citoyenneté relève de la compétence législative du Parlement.

## JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que la demande soit rejetée, avec dépens. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le montant des dépens, elles pourront présenter leurs observations, d'une longueur maximale de cinq pages, dans les dix jours suivant la date de la présente décision.

IMM-2036-13  
2014 FC 998

IMM-2036-13  
2014 CF 998

**Mehrez Ben Abde Hamida** (*Applicant*)

**Mehrez Ben Abde Hamida** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

**INDEXED AS: HAMIDA v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : HAMIDA c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court, Annis J.—Montréal, February 24;  
Ottawa, October 20, 2014.

Cour fédérale, juge Annis—Montréal, 24 février;  
Ottawa, 20 octobre 2014.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Humanitarian and compassionate considerations — Judicial review of immigration officer's decision rejecting applicant's application for permanent residence based on humanitarian and compassionate considerations (H&C application) — Applicant seeking to have decision set aside, matter referred back for reassessment — Supreme Court of Canada's decision in Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration) published after officer's decision — Ezokola upsetting long line of Federal Court case law concerning inadmissibility of refugee protection claimants on ground of complicity in crimes against humanity — Applicant's inadmissibility constituting deciding consideration in rejection of H&C application — Applicant, Tunisian, admitted to Canada as visitor, marrying Canadian citizen — Also claiming refugee protection but claim denied given applicant's inadmissibility — On H&C application, officer finding that considerations relating to establishment most serious humanitarian and compassionate considerations but concluding that applicant's inadmissibility serious, reflecting Canada's international commitments — Whether decision in Ezokola relevant to present matter; whether in interests of justice to make exception to principle of finality of judgments — Appropriate in this case to ask officer to reconsider decision in light of test reformulated in Ezokola for deeming refugee protection claim inadmissible — In Ezokola, Supreme Court rejecting previous case law on test for complicity; setting out new test — Issue of panel exercising discretion to lessen strict operation of res judicata never considered in context of decision on H&C application — Factors analyzed to determine whether issue estoppel should operate herein — In light of Ezokola, officer's reasoning concerning applicant's inadmissibility running counter to current theories in international criminal law — Given Ezokola, Immigration and Refugee Board's decision on applicant's refugee claim violating Canada's actual international commitments towards refugee protection claimants — Impossible to disregard power of Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 15, which*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Motifs d'ordre humanitaire — Contrôle judiciaire d'une décision d'un agent d'immigration rejetant la demande de résidence permanente pour considérations d'ordre humanitaire (demande CH) du demandeur — Le demandeur voulait faire infirmer la décision et la renvoyer devant un autre agent d'immigration — L'arrêt de la Cour suprême Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration) a été publié après la décision de l'agent — L'arrêt Ezokola a renversé la jurisprudence de longue haleine de la Cour fédérale sur l'interdiction de territoire des demandeurs d'asile pour la complicité dans la perpétration de crimes contre l'humanité — L'interdiction de territoire du demandeur était la considération déterminante dans le rejet de sa demande CH — Le demandeur, qui est Tunisien, a été admis au Canada à titre de visiteur et s'est marié avec une citoyenne canadienne — Il a également présenté une demande d'asile, mais sa demande a été rejetée en raison de son interdiction de territoire — En ce qui a trait à la demande CH, l'agent a considéré que les considérations d'ordre humanitaire les plus contraignantes pour le demandeur étaient celles reliées à l'établissement, mais a conclu que l'interdiction de territoire du demandeur était de nature sérieuse et impliquait les engagements du Canada à l'échelle internationale — Il s'agissait de savoir si l'arrêt Ezokola était pertinent en l'espèce et s'il était dans l'intérêt de la justice de faire exception au principe de la finalité des jugements — En l'espèce, il était approprié de demander à l'agent de reconsidérer sa décision à la lumière des critères reformulés dans l'arrêt Ezokola pour qualifier une demande d'asile d'irrecevable — Dans l'arrêt Ezokola, la Cour suprême a rejeté la jurisprudence antérieure relative à la complicité et a établi un nouveau critère — La question de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal dans le but d'atténuer la stricte application de l'autorité de la chose jugée n'a jamais été considérée auparavant dans le contexte d'une décision d'ordre humanitaire — Un certain nombre de facteurs ont été analysés pour déterminer si la préclusion découlant d'une question*

*resulted in finality of Board's decision on applicant's inadmissibility — However, given previous version of Immigration and Refugee Protection Act, s. 25(1), wherein reasonable expectation created that H&C considerations might apply even in cases of inadmissibility, necessary to weigh inadmissibility against other relevant factors, such as H&C considerations — Applicant would no longer be found inadmissible according to reasoning in Ezokola; H&C application would probably have been granted — When issue estoppel applying, Court may set aside tribunal's decision on grounds of humanitarian and compassionate considerations to allow reassessment of applicant's situation in light of current legal tenets of fairness, justice unknown at time tribunal making decision — Application allowed.*

This was an application for judicial review of a decision of an immigration officer of Citizenship and Immigration Canada rejecting the applicant's application for permanent residence based on humanitarian and compassionate considerations (H&C application). The applicant sought to have the decision set aside and referred back to another immigration officer. The Supreme Court of Canada's decision in *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, which was the subject of this judicial review, was published after the officer's decision. That judgment upset the long line of case law from the Federal Court on the inadmissibility of refugee protection claimants on the ground of complicity in crimes against humanity. The applicant's inadmissibility was the deciding consideration in the rejection of his H&C application.

The applicant, born in Tunisia, worked as a police officer in the Tunisian police force and was eventually promoted to the political security unit. He claimed that he lost his job and was subject to strict administrative monitoring because he had dared to feed political prisoners. Later, he was admitted to Canada as a visitor and married a Canadian citizen. He made a claim for refugee protection but the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board found the applicant to be excluded from the definition of refugee (inadmissible) both under the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* and under the *Immigration*

*déjà tranchée devait être appliquée en l'espèce — À la lumière de l'arrêt Ezokola, le raisonnement de l'agent, en ce qui concerne l'interdiction de territoire du demandeur, allait à l'encontre des théories actuelles en droit pénal international — À la lumière de l'arrêt Ezokola, la décision de la Section de la protection des réfugiés concernant la demande d'asile du demandeur allait à l'encontre des engagements internationaux actuels du Canada à l'égard de la protection des réfugiés — Il n'était pas possible d'écarter la force de l'art. 15 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, qui fait que la décision de la SPR quant à l'interdiction de territoire du demandeur avait force de chose jugée — Toutefois, étant donné la version antérieure de l'art. 25(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés qui créait une attente raisonnable que les considérations d'ordre humanitaire s'appliqueraient même face à une interdiction de territoire, il fallait soupeser les implications d'une interdiction de territoire contre les autres éléments pertinents, soit les considérations d'ordre humanitaire — Le demandeur ne serait plus sujet à une interdiction de territoire selon le raisonnement de l'arrêt Ezokola; sa demande CH aurait probablement été accordée — Lors de l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, la Cour peut infirmer la décision d'un tribunal sur la base des motifs humanitaires, afin de permettre une évaluation de la situation d'un demandeur en lumière des préceptes juridiques actuels de l'équité et de la justice qui étaient inconnus au moment où le tribunal a pris sa décision — Demande accueillie.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent d'immigration de Citoyenneté et Immigration Canada rejetant la demande de résidence permanente pour considérations d'ordre humanitaire (demande CH) du demandeur. Le demandeur voulait faire infirmer la décision et la renvoyer devant un autre agent d'immigration. L'arrêt de la Cour suprême *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, qui était le sujet de ce contrôle judiciaire, a été publié après la décision de l'agent. Cette décision a renversé la jurisprudence de longue haleine de la Cour fédérale sur l'interdiction de territoire des demandeurs d'asile pour la complicité dans la perpétration de crimes contre l'humanité. L'interdiction de territoire du demandeur était la considération déterminante dans le rejet de sa demande CH.

Le demandeur, né en Tunisie, travaillait comme policier des forces policières tunisiennes et a éventuellement été promu au Service de la sûreté politique. Il a allégué qu'il a perdu son emploi et a été mis sous un contrôle administratif sévère parce qu'il a osé nourrir les prisonniers politiques. Il a par la suite été admis au Canada à titre de visiteur et s'est marié avec une citoyenne canadienne. Le demandeur a présenté une demande d'asile, mais la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a déclaré qu'il était exclu de la définition de réfugié (interdit de territoire) aux termes de la

and Refugee Protection Act on grounds of violating human or international rights. It found that he was employed by a political security unit known for its brutality towards prisoners. The applicant applied for judicial review of the RPD's decision and then applied for permanent residence based on humanitarian and compassionate considerations given his marriage to a Canadian citizen. Other applications were submitted, including those for pre-removal risk assessments and other H&C applications. All of those applications were rejected.

Ultimately, the officer found that the most serious humanitarian and compassionate considerations for the applicant were those relating to establishment. However, the officer concluded that the applicant's inadmissibility was serious and reflected Canada's international commitments, in particular not to grant refugee protection to those who have committed crimes against humanity. The officer thus determined that, in the applicant's case, humanitarian and compassionate considerations did not override the applicant's failure to apply for permanent residence from outside Canada or his inadmissibility under paragraph 35(1)(a) of the Act.

The main issues were whether the case of *Ezokola* was relevant to the matter at bar and whether it was in the interests of justice to make an exception to the principle of the finality of judgments, which prohibits any reconsideration of a final decision.

*Held*, the application should be allowed.

In these conditions, it was appropriate to ask the officer to reconsider his decision in light of the test reformulated in *Ezokola* for deeming a refugee protection claim inadmissible. In arriving at his final decision, the officer considered the factors weighing in favour of revoking the applicant's inadmissibility. The decisive factor in the officer's decision was not the applicant's inadmissibility alone but also the importance given by the officer to the international human rights instruments to which Canada is signatory and with which it has to comply. The officer's conclusion on the applicant's complicity in certain crimes against humanity was based on the decision of the RPD, which applied previous case law involving complicity. However, in *Ezokola*, the Supreme Court rejected this case law and its tests. *Ezokola* set out a test that requires evaluating whether the accused has voluntarily made a significant and knowing contribution to the organization's crime or criminal purpose.

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés et de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* pour atteinte aux droits humains ou internationaux. La SPR a conclu qu'il était employé par un service de sûreté politique connu pour ses brutalités envers les prisonniers. Le demandeur a déposé une demande de contrôle judiciaire de la décision de la SPR, puis une demande de résidence permanente pour considérations d'ordre humanitaire basée sur son mariage à une citoyenne canadienne. D'autres demandes ont été déposées, notamment une demande d'évaluation des risques avant renvoi et d'autres demandes CH. Toutes ces demandes ont été rejetées.

En fin de compte, l'agent a considéré que les considérations d'ordre humanitaire les plus contraignantes pour le demandeur étaient celles reliées à l'établissement. Cependant, l'agent a conclu que l'interdiction de territoire du demandeur était de nature sérieuse et impliquait les engagements du Canada à l'échelle internationale, notamment celui de ne pas offrir l'asile à ceux qui ont commis des crimes contre l'humanité. L'agent a donc décidé que les considérations d'ordre humanitaire dans le cas du demandeur ne l'emportaient pas sur son manquement de demander un visa de résident permanent à l'extérieur du Canada et son interdiction de territoire en vertu de l'alinéa 35(1)a) de la Loi.

Il s'agissait de savoir principalement si l'arrêt *Ezokola* était pertinent en l'espèce et s'il était dans l'intérêt de la justice de faire exception au principe de la finalité des jugements qui proscrit toute reconsidération d'une décision finale.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Dans ces conditions, il était approprié de demander à l'agent de reconsidérer sa décision à la lumière des critères reformulés dans l'arrêt *Ezokola* pour qualifier une demande d'asile d'irrecevable. En arrivant à sa décision finale, l'agent a soupesé les facteurs militant en faveur de la révocation de l'interdiction de territoire du demandeur. Le facteur déterminant dans la décision de l'agent n'était pas seulement l'inadmissibilité du demandeur, mais aussi l'importance que l'agent a attribuée aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire, et auxquels le Canada doit conséquemment se conformer. La conclusion de l'agent relativement à la complicité du demandeur dans certains crimes contre l'humanité a été basée sur la décision de la SPR, qui appliquait une jurisprudence antérieure relativement à la complicité. Cependant, dans l'arrêt *Ezokola*, la Cour suprême a rejeté cette jurisprudence et ses critères. L'arrêt *Ezokola* établit un test qui demande d'évaluer si l'accusé a volontairement contribué de manière significative et consciente aux crimes ou au dessein criminel d'une organisation.

The issue of the panel exercising its discretion to lessen the strict operation of *res judicata* has never been considered in the context of a highly discretionary decision on humanitarian and compassionate considerations and it needed to be disposed of in this case. A number of factors were analysed to determine whether issue estoppel, the subdivision of *res judicata*, should operate in this case.

As to the refugee protection legislation, under the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, the RPD's findings on the applicant's inadmissibility were *res judicata*. However, the previous version of subsection 25(1) of the Act, which governed the H&C application under review, clearly created the reasonable expectation that humanitarian and compassionate considerations would apply even in the event of inadmissibility. Also, in the present matter, the officer noted that the principles of international law underlying inadmissibility findings obliged him to deny the application despite the degree of the applicant's establishment in Canada, which the officer deemed high. Yet, the officer enjoys broad discretion under section 25 of the Act. In light of *Ezokola*, his reasoning concerning the applicant's inadmissibility ran counter to current theories in international criminal law. The humanitarian and compassionate considerations in this case would have obliged him to depart from the principles in international criminal law he referred to and which underlied the applicant's inadmissibility. While the officer believed that the RPD's decision, which he insisted on complying with, followed the international criminal law principles, the RPD's decision violated them in light of *Ezokola*. Without these principles, the main reason for the officer's decision disappeared and the officer was left with the conclusion that the applicant should be granted permanent residence on the basis of his establishment in Canada.

The purpose of an H&C application, as provided in the previous version of section 25 of the Act, which takes precedence over the Regulations, is to determine whether permanent residence status should be granted to an applicant on humanitarian and compassionate considerations despite the applicant's inadmissibility. The risk of undermining the legislative scheme by applying issue estoppel is an important consideration. If the inadmissibility finding takes precedence over humanitarian and compassionate considerations, the purpose of the administrative scheme for applications for humanitarian and compassionate considerations is likely to be undermined. Consequently, the former version of section 25 of the Act clearly indicates that inadmissibility should not be seen as a decisive obstacle but as one of the factors to be weighed.

La question de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal dans le but d'atténuer la stricte application de l'autorité de la chose jugée n'a jamais été considérée auparavant dans le contexte d'une décision hautement discrétionnaire d'ordre humanitaire et c'est précisément cette question qui devait être tranchée en l'espèce. Un certain nombre de facteurs ont été analysés pour déterminer si la préclusion découlant d'une question déjà tranchée devait être appliquée en l'espèce.

En ce qui concerne la protection des réfugiés, en vertu du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, les conclusions de la SPR relatives à l'interdiction de territoire du demandeur avaient force de chose jugée. Cependant, la version antérieure du paragraphe 25(1) de la Loi, soit celle régissant la demande CH sous étude, créait clairement une attente raisonnable que les considérations d'ordre humanitaire s'appliqueraient même face à une interdiction de territoire. En outre, dans le cas présent, l'agent a constaté que les principes du droit international qui sous-tendent la détermination d'interdiction de territoire le forçaient à rejeter la demande malgré l'établissement du demandeur au Canada, que l'agent a estimé fort. Or, l'agent dispose d'un large pouvoir discrétionnaire en vertu de l'article 25 de la Loi. À la lumière de l'arrêt *Ezokola*, son raisonnement, en ce qui concerne l'interdiction de territoire, allait à l'encontre des théories actuelles en droit pénal international. Les considérations d'ordre humanitaire du présent cas l'auraient obligé à abandonner les principes de droit pénal international qu'il a cités et qui sous-tendent l'interdiction de territoire du demandeur. Bien que l'agent eut été d'avis que la décision de la SPR à laquelle il tenait à se conformer suivait les principes du droit pénal international, à la lumière de l'arrêt *Ezokola*, elle violait ces principes. Sans ces principes, le motif principal de la décision de l'agent disparaissait, et il n'était laissé qu'avec sa conclusion que la résidence permanente devrait être accordée au demandeur sur la base de son établissement au Canada.

L'objet d'une demande CH, tel que prévu à la version antérieure de l'article 25 de la Loi, qui prime sur le Règlement, est de déterminer si le statut de résident permanent doit être octroyé au demandeur sur la base des considérations d'ordre humanitaire en dépit de son interdiction de territoire. Le risque de compromettre l'objet du régime administratif par l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est une considération importante. Si la conclusion qu'une personne a été déclarée interdite de territoire prime sur les considérations d'ordre humanitaire, l'objet du régime administratif d'une demande pour considérations d'ordre humanitaire risque d'être compromis. Par conséquent, l'ancienne version de l'article 25 de la Loi indique clairement que l'interdiction de territoire ne devrait pas être considérée comme un obstacle déterminant, mais constitue plutôt un facteur à soulever.



The circumstances of this case required a nuanced decision. It was impossible to disregard the power of section 15 of the Regulations, which resulted in the RPD's decision on the applicant's inadmissibility being final. The officer could not ignore this conclusion. However, given the previous version of subsection 25(1) of the Act, it was necessary to weigh the implications of inadmissibility against the other relevant factors, namely, the humanitarian and compassionate considerations. The applicant would no longer be found inadmissible according to the reasoning in *Ezokola*. Also, the officer formulated his decision in such a manner that, if the applicant had not been found inadmissible, his application would probably have been granted. When issue estoppel applies, the Court, in the interests of justice, reserves some discretion in interpreting a current statutory provision. The Court may therefore set aside a tribunal's decision on the grounds of humanitarian and compassionate considerations in order to allow a reassessment of the applicant's situation in light of current legal tenets of fairness and justice that were unknown at the time the tribunal made its decision. If *Ezokola* had been before the officer, he would have recognized that the principles underlying the RPD's decision violated Canada's actual international commitments towards refugee protection claimants.

Les circonstances de cette affaire exigeaient une décision nuancée. Il n'était pas possible d'écarter la force de l'article 15 du Règlement, qui fait que la décision de la SPR quant à l'interdiction de territoire du demandeur avait force de chose jugée. L'agent ne pouvait pas ignorer cette conclusion. Toutefois, étant donné la version antérieure du paragraphe 25(1) de la Loi, il fallait soupeser les implications d'une interdiction de territoire contre les autres éléments pertinents, soit les considérations d'ordre humanitaire. Le demandeur ne serait plus sujet à une interdiction de territoire selon le raisonnement de l'arrêt *Ezokola*. De plus, l'agent a formulé sa décision telle que, sans l'interdiction de territoire du demandeur, sa demande aurait probablement été accordée. Lors de l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, la Cour maintient un pouvoir discrétionnaire dans l'interprétation d'une disposition législative actuelle, et ce, dans l'intérêt de la justice. La Cour peut donc infirmer la décision d'un tribunal sur la base des motifs humanitaires, afin de permettre une évaluation de la situation d'un demandeur en lumière des préceptes juridiques actuels de l'équité et de la justice qui étaient inconnus au moment où le tribunal a pris sa décision. Si l'arrêt *Ezokola* avait été devant l'agent, celui-ci aurait reconnu que les principes sous-jacents de la décision de la SPR violaient les véritables engagements internationaux du Canada envers les demandeurs d'asile.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 12.  
*Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24, ss. 4, 5, 6, 7.  
*Faster Removal of Foreign Criminals Act*, S.C. 2013, c. 16.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 25, 34, 35, 36, 72(1), 96, 97.  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 15.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36.  
*International Covenant on Civil and Political Rights*, December 16, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47.  
*Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, December 16, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47.  
*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a),(c).

#### 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° 5], art. 12.  
*Loi accélérant le renvoi de criminels étrangers*, L.C. 2013, ch. 16.  
*Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24, art. 4, 5, 6, 7.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 25, 34, 35, 36, 72(1), 96, 97.  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 15.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- 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. 1F(a),(c).  
*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47.  
*Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47.



## CASES CITED

## APPLIED:

*Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678; *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 802, [2014] 3 F.C.R. 438, affd 2014 FCA 113, [2015] 1 F.C.R. 335; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Penner v. Niagara (Regional Police Services Board)*, 2013 SCC 19, [2013] 2 S.C.R. 125; *Yeager v. Day*, 2013 FCA 258, 453 N.R. 385.

## NOT FOLLOWED:

*Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306, (1992), 89 D.L.R. (4th) 173 (C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Joseph v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 1101.

## CONSIDERED:

*Khapar v. Air Canada*, 2014 FC 138.

## REFERRED TO:

*Hamida v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IMM-3821-03, Lemieux J., order dated October 17, 2003; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Terigho v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 835; *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246, (1987), 38 D.L.R. (4th) 530.

APPLICATION for judicial review of a decision of an immigration officer of Citizenship and Immigration Canada rejecting the applicant's application for permanent residence based on humanitarian and compassionate considerations. Application allowed.

## APPEARANCES

*Stewart Istvanffy* and *Anne Castagner* for applicant.

*Sherry Rafai Far* for respondent.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678; *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 802, [2014] 3 R.C.F. 438, conf. par 2014 CAF 113, [2015] 1 R.C.F. 335; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Penner c. Niagara (Commission régionale de services policiers)*, 2013 CSC 19, [2013] 2 R.C.S. 125; *Yeager c. Day*, 2013 CAF 258.

## DÉCISION NON SUIVIE :

*Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.).

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Joseph c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 1101.

## DÉCISION EXAMINÉE :

*Khapar c. Air Canada*, 2014 CF 138.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Hamida c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, IMM-3821-03, le juge Lemieux, ordonnance en date du 17 octobre 2003; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Terigho c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 835; *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent d'immigration de Citoyenneté et Immigration Canada rejetant la demande de résidence permanente pour considérations d'ordre humanitaire du demandeur. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Stewart Istvanffy* et *Anne Castagner* pour le demandeur.

*Sherry Rafai Far* pour le défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD

*Étude Légale Stewart Istvanffy*, Montréal, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

ANNIS J.:

### I. Introduction

[1] This is an application pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA), for judicial review of a decision of an immigration officer of Citizenship and Immigration Canada (CIC) dated July 16, 2012 (the decision), communicated to the applicant on October 31, 2012, and rejecting the applicant's application for permanent residence based on humanitarian and compassionate considerations (the H&C application). The applicant is seeking to have the decision set aside and referred back to another immigration officer.

[2] The Supreme Court of Canada's judgment in *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678 (*Ezokola*), which is the subject of this judicial review, was published after the officer's decision. This judgment has upset the long line of case law from the Federal Court on the inadmissibility of refugee protection claimants on the ground of complicity in crimes against humanity. Since the applicant's inadmissibility is the deciding consideration in the rejection of his H&C application, and given the injustice of being judged on principles lacking in fairness, the Court allows the application for the following reasons.

### II. Facts

[3] The applicant, Mehrez Ben Abde Hamida, was born in Tunisia on October 8, 1967. He began working as a police officer in the Tunisian police force in July 1986; in 1991, he was promoted to the [TRANSLATION] "political security unit". He alleges that he lost his job

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Étude Légale Stewart Istvanffy*, Montréal, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

*Voici les motifs du jugement et le jugement rendus en français par*

LE JUGE ANNIS :

### I. Introduction

[1] La Cour est saisie d'une demande présentée en vertu du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) en vue d'obtenir le contrôle judiciaire d'une décision de l'agent d'immigration de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) en date du 16 juillet 2012 (la décision) qui a été communiquée au demandeur le 31 octobre 2012, rejetant sa demande de résidence permanente pour considérations d'ordre humanitaire (la demande CH). Le demandeur tente de faire infirmer la décision et la renvoyer devant un autre agent d'immigration.

[2] L'arrêt de la Cour suprême *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678 (*Ezokola*), qui est le sujet de ce contrôle judiciaire, a été publié après la décision de l'agent. Cette décision a renversé la jurisprudence de longue haleine de la Cour fédérale sur l'interdiction de territoire des demandeurs d'asile pour la complicité dans la perpétration de crimes contre l'humanité. L'interdiction de territoire du demandeur étant la considération déterminante dans le rejet de la demande CH du demandeur, et vu l'injustice d'être jugé sur des principes manquants d'équité, la Cour accueille la demande pour les motifs qui suivent.

### II. Les faits

[3] Le demandeur, M. Mehrez Ben Abde Hamida, est né en Tunisie le 8 octobre 1967. Il a commencé un emploi comme policier des forces policières tunisiennes en juillet 1986, et en 1991 il a été promu au « Service de la sûreté politique ». Il allègue qu'il a perdu son emploi et

and was subject to strict administrative monitoring because he had dared to feed political prisoners.

[4] On October 2, 1999, he was admitted to Canada as a visitor for six months. In 2003, he married a Canadian citizen.

[5] On January 20, 2000, he claimed refugee protection, alleging persecution by the Tunisian dictatorship and a fear of mistreatment after he was subject to administrative monitoring by his country's secret police. On April 24, 2003, the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board of Canada found the applicant to be excluded from the definition of refugee (inadmissible) under sections F(a) and F(c) of Article 1 of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (Refugee Convention) and under subsection 35(1) of the IRPA on grounds of violating human or international rights. The RPD found that there were serious reasons for believing that the applicant was guilty of one of the indictable offences described in sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24. The applicant was employed by the political security unit, a department of the Tunisian government, for 10 years. The RPD pointed out that this unit is known for its brutality towards prisoners.

[6] On October 17, 2003, the applicant filed an application for leave and for judicial review of the RPD's decision, which was dismissed by this Court in docket IMM-3821-03. In March 2004, the applicant filed an application for permanent residence based on humanitarian and compassionate considerations as a result of his marriage to a Canadian citizen, but that application was rejected.

[7] On December 6, 2004, the applicant filed an application for a pre-removal risk assessment (PRRA), which was denied because he was not deemed to be at risk under section 97 of the IRPA. On March 24, 2005, he filed an application for leave and for judicial review of the PRRA decision with the Federal Court. To this application, he appended an application for a stay of his removal, which was allowed without a hearing. On

a été mis sous un contrôle administratif sévère parce qu'il a osé nourrir les prisonniers politiques.

[4] Le 2 octobre 1999, il a été admis au Canada à titre de visiteur pour une période de six mois. En 2003, il s'est marié avec une citoyenne canadienne.

[5] Le 20 janvier 2000, il a revendiqué le statut de réfugié, alléguant la persécution du régime dictatorial en Tunisie et sa crainte de mauvais traitements suite au contrôle administratif exercé à son égard par la police secrète de son pays. Le 24 avril 2003, la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a déclaré que le demandeur était exclu de la définition de réfugié (interdit de territoire) aux termes des sections Fa) et Fc) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (Convention sur les réfugiés) et en vertu du paragraphe 35(1) de la LIPR pour atteinte aux droits humains ou internationaux. La SPR a conclu qu'il y avait des motifs sérieux de croire que le demandeur a commis une des infractions visées aux articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24. Le demandeur a été employé par le Service de la sûreté politique, département du gouvernement tunisien, pendant une période de 10 ans. La SPR a signalé que ce service est connu pour ses brutalités envers les prisonniers.

[6] Le 17 octobre 2003, le demandeur a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision de la SPR, demande qui a été rejetée par la présente Cour dans le dossier IMM-3821-03. En mars 2004, le demandeur a déposé une demande de résidence permanente pour considérations d'ordre humanitaire basée sur son mariage à une citoyenne canadienne qui a été refusée.

[7] Le 6 décembre 2004, le demandeur a déposé une demande d'évaluation des risques avant renvoi (ERAR) qui a été rejetée, car il n'a pas été jugé à risque aux termes de l'article 97 de la LIPR. Le 24 mars 2005, il a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision d'ERAR auprès de la Cour fédérale. À cette demande était jointe une demande de sursis à sa déportation et celle-ci a été accordée sans audience. Le

September 16, 2005, the Federal Court allowed his application for leave and for judicial review by way of consent and ordered a reassessment of his PRRA application.

[8] On January 19, 2006, the applicant filed a second H&C application. A new PRRA officer was assigned to his case on February 16, 2006. On June 30, 2006, the reassessment of the PRRA and the second H&C application were rejected.

[9] On November 15, 2006, the applicant filed an application for leave and for judicial review of the decision reassessing his PRRA application and of the H&C application, dismissed by the Federal Court in dockets IMM-4445-06 and IMM-4447-06.

[10] On December 6, 2006, the applicant filed a second PRRA application. He also submitted a third H&C application, which was referred to the Case Management Branch to determine whether the applicant's inadmissibility could be waived on humanitarian and compassionate considerations.

[11] In the meantime, he was summoned by the Canada Border Services Agency (CBSA) for his removal from Canada, scheduled for January 30, 2007.

[12] On January 22, 2007, the application for a stay of the applicant's removal was denied. The applicant sent a request to the Human Rights Committee (HRC) of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), alleging that the removal order made against him violated the *International Covenant on Civil and Political Rights* [December 16, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47] and the *Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights* [December 16, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47].

[13] The applicant's complaint was found to have merit. The UNHCR HRC concluded that the applicant would be at risk of torture if he was sent back to Tunisia and noted that the authorities had given substantial weight to the fact that the applicant was excluded from the scope of section F of Article 1 of the Refugee Convention but had given insufficient consideration to

16 septembre 2005, la Cour fédérale a accueilli sa demande d'autorisation et de contrôle judiciaire sur consentement et a ordonné une réévaluation de la demande d'ERAR.

[8] Le 19 janvier 2006, le demandeur a déposé une deuxième demande CH. Son dossier a été attribué à un nouvel agent d'ERAR le 16 février 2006. Le 30 juin 2006, la réévaluation de la demande d'ERAR ainsi que la deuxième demande CH ont été rejetées.

[9] Le 15 novembre 2006, le demandeur a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision réévaluant la demande d'ERAR, ainsi que de la demande CH, qui ont été rejetées par la Cour fédérale dans les dossiers IMM-4445-06 et IMM-4447-06.

[10] Le 6 décembre 2006, le demandeur a déposé une deuxième demande d'ERAR. Il a aussi déposé une troisième demande CH qui a été référée à la Direction générale des règlements des cas pour déterminer si le demandeur pouvait être exempté de son interdiction de territoire en raison de considérations d'ordre humanitaire.

[11] Entre-temps, il a été convoqué par l'Agence des services frontaliers (l'ASFC) pour son renvoi du Canada, qui était prévu pour le 30 janvier 2007.

[12] Le 22 janvier 2007, la demande de sursis au renvoi du demandeur a été refusée. Le demandeur a envoyé une demande au Comité des droits humains (CDH) du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCNUR), alléguant que la mesure de renvoi prise contre lui violait le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* [16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47] et le *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques* [16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47].

[13] La plainte du demandeur a été jugée fondée. Le CDH du HCNUR a conclu que le demandeur serait à risque de torture s'il était renvoyé en Tunisie, notant que les autorités ont accordé un poids important au fait que le demandeur a été exclu du champ d'application de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés sans tenir suffisamment compte des droits

the specific rights arising from the Convention against Torture [*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36]. More specifically, the HRC questioned the fact that part of the documentary evidence was excluded on the basis that it had not been submitted to the RPD as part of the claim.

[14] On December 14, 2010, the PRRA officer responsible for the second PRRA application held a hearing in order to assess the danger of torture should the applicant be removed to Tunisia. On November 4, 2011, the applicant's permanent residence file was referred to the Case Management Branch to determine whether the applicant's inadmissibility could be waived for humanitarian and compassionate considerations.

[15] On July 16, 2012, the applicant's H&C application was rejected by CIC.

[16] On December 31, 2012, the PRRA officer rendered a negative decision.

[17] On July 19, 2013, the *Ezokola* decision was rendered by the Supreme Court of Canada.

### III. Impugned decision

[18] The officer began by examining the applicant's arguments. First, he considered the applicant's family and his establishment in Canada, noting that he had been living with his wife, a Canadian citizen, for over 10 years, and that he treated the children of his wife's daughter as if they were his own grandchildren. He also pointed out that the applicant's mother and his two sisters are Tunisian citizens, who live in Tunisia. The applicant supports his mother financially by sending her money.

[19] The officer also considered issues raised by international law and 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. 5]] (the Charter), referring to the decision of the Supreme Court in *Chiarelli v.*

spécifiques découlant de la Convention contre la torture [*Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36]. Plus spécifiquement, le CDH a questionné le fait qu'une partie de la preuve documentaire a été exclue sur la base qu'elle n'a pas été soumise à la SPR dans le cadre de la revendication.

[14] Le 14 décembre 2010, l'agent d'ERAR, responsable de la deuxième demande d'ERAR, a tenu une audience afin d'évaluer le danger de torture si le demandeur devait être renvoyé en Tunisie. Le 4 novembre 2011, le dossier de résidence permanente du demandeur a été référé à la Direction générale des règlements des cas afin de déterminer si le demandeur pourrait être exempté de son interdiction de territoire en raison de considérations d'ordre humanitaire.

[15] Le 16 juillet 2012, la demande CH du demandeur a été refusée par CIC.

[16] Le 31 décembre 2012, l'agent d'ERAR a rendu une décision négative.

[17] Le 19 juillet 2013, la décision *Ezokola* a été rendue par la Cour suprême du Canada.

### III. Décision en litige

[18] L'agent a commencé en examinant les arguments du demandeur. D'abord, il a considéré la famille et l'établissement du demandeur au Canada, soulignant qu'il vit avec sa femme, une citoyenne canadienne, depuis plus de 10 ans, et qu'il considère les enfants de la fille de son épouse comme ses propres petits enfants. Il a aussi soulevé que la mère du demandeur et ses deux sœurs sont citoyennes tunisiennes et habitent en Tunisie. Le demandeur supporte sa mère financièrement en lui envoyant de l'argent.

[19] L'agent a aussi considéré les questions de droit international et 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° 5]] (la Charte), référant à l'arrêt de la Cour suprême

*Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, and concluding that the removal of a foreign national did not in itself outrage standards of decency. He stated that foreign nationals did not have an unqualified right to remain in Canada and that since the removal of the applicant from Canada did not in itself constitute cruel and unusual treatment or punishment under section 12 of the Charter, he had to determine whether the hardship that he might suffer should he return to Tunisia could constitute such treatment or punishment.

[20] Then the officer observed that the officer who had studied the permanent residence application had been of the opinion that there were sufficient humanitarian and compassionate considerations to justify waiving the requirement for the applicant to apply for permanent residence from outside Canada were it not for his inadmissibility.

[21] The officer argued that since the applicant was inadmissible, the humanitarian and compassionate grounds, such as family, the best interests of the child and the conditions in his country of origin, had to be weighed in order to establish whether these were sufficient to overcome the applicant's inadmissibility.

[22] Regarding family and the best interests of the child, the officer noted that despite the applicant acting as a grandfather to his wife's grandchildren, should he return to Tunisia, this was a destination where the children would be able to visit him, should they so desire. Moreover, the applicant could stay in regular contact with the children through various means of telecommunications. Indeed, the officer pointed out that there was nothing on file to indicate that the children's mother was unable to continue taking care of them should the applicant have to leave.

[23] He also noted that the applicant's wife, even though she had suffered from depression as a result of their problems with CIC, has other relatives in Canada, including her daughter and her grandchildren, and has found a job. The applicant is therefore not the couple's sole breadwinner. The applicant's removal would entail the applicant being separated from his wife, but she

*Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, et concluant que le fait qu'un étranger soit renvoyé du Canada ne constitue pas en soi une atteinte à la dignité humaine. Il a constaté que les étrangers n'ont pas le droit absolu de demeurer au Canada, et que puisque le fait de renvoyer le demandeur du Canada ne constitue pas en soi un traitement ou une peine cruel et inusité sous l'article 12 de la Charte, il s'agit d'évaluer si les difficultés qu'il pourrait subir advenant un retour en Tunisie, pourraient constituer un tel traitement ou une telle peine.

[20] Par la suite, l'agent a fait remarquer que l'agent ayant étudié la demande de résidence permanente était d'avis que suffisamment de considérations d'ordre humanitaire justifiaient d'exempter le demandeur de l'exigence de demander le visa de résidence permanente de l'extérieur du Canada, si ce n'était de son interdiction de territoire.

[21] Ainsi, comme le demandeur est interdit de territoire, l'agent a énoncé qu'il s'agit de soupeser les motifs humanitaires, notamment la famille, le meilleur intérêt de l'enfant, et les conditions dans le pays d'origine, afin d'établir s'ils sont suffisants pour l'emporter sur l'interdiction de territoire.

[22] En ce qui concerne la famille et le meilleur intérêt de l'enfant, l'agent a soulevé que malgré que le demandeur fasse figure de grand-père pour les petits-enfants de sa femme, s'il devait se rendre en Tunisie, il s'agirait d'une destination où il serait possible pour les enfants de s'y rendre en visite, s'ils le désiraient. De plus, le demandeur pourrait garder un contact régulier avec ces enfants par divers moyens de télécommunication. D'ailleurs, l'agent a constaté que rien au dossier n'indique que la mère des enfants ne pourra continuer d'en prendre soin advenant le départ du demandeur.

[23] Il a noté aussi que la femme du demandeur, malgré qu'elle ait souffert d'une dépression à cause de leurs troubles avec CIC, a d'autres membres de sa famille au Canada, notamment sa fille et ses petits-enfants, et a trouvé un emploi. Ainsi, le demandeur n'est pas le seul gagne-pain pour le couple. Le renvoi du demandeur impliquera que le demandeur sera séparé de



could choose to leave with him and return to Canada on visits as often as she wished.

[24] The officer emphasized that while family reunification was an objective of the IRPA, so was denying access to persons who are criminals. The Canadian government's policy that Canada not become a safe haven for persons involved in war crimes or crimes against humanity is clear.

[25] Consequently, the officer concluded that despite the important role played by the applicant in his family, the humanitarian and compassionate considerations were not important enough to justify a waiver. He concluded that the applicant's inadmissibility on the basis of human or international rights violation and his particular circumstances would not cause unfair or unreasonable harm to the applicant, who still has family in Tunisia. It would therefore be possible for him to succeed in establishing himself in Tunisia.

[26] Regarding the conditions in Tunisia, the officer noted that the applicant had not updated his file since 2011, even though he had received a letter asking him to do so. He also found that it was his role to assess the difficulties the applicant might face should he return, and not the risks under sections 96 and 97 of the IRPA, which are probably different now from those mentioned by the UNHCR and counsel for the applicant in 2010.

[27] The officer considered the decision of the officer who had performed the last PRRA of the applicant, noting that the applicant's allegation that he is sought by the Tunisian government as a result of his alleged political opinions was not established by the evidence before the PRRA officer in 2006.

[28] He also considered the fact that the conclusions of the UNHCR according to which there were reasons to believe that the applicant would be at risk of torture in Tunisia were drawn in May 2010, that is, before the major changes brought about by the Arab Spring.

son épouse, mais elle pourra choisir de quitter avec lui, et de revenir en visite au Canada autant qu'elle le désirera.

[24] L'agent a précisé que la réunification des familles constitue un objectif de la LIPR, mais l'est tout autant l'interdiction de territoire de personnes qui sont des criminels. La politique du gouvernement canadien voulant que le Canada ne soit pas un refuge pour les personnes impliquées dans des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité est claire.

[25] Par conséquent, l'agent a constaté que malgré le rôle important que le demandeur joue au sein de sa famille, les considérations d'ordre humanitaire ne sont pas suffisamment importantes afin de justifier une exemption. Il a conclu que l'interdiction de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux et les circonstances particulières du demandeur ne causeront pas un préjudice injuste et déraisonnable au demandeur, qui a encore sa famille en Tunisie. Il sera donc possible pour lui de réussir son établissement en Tunisie.

[26] En ce qui concerne les conditions en Tunisie, l'agent a soulevé que le demandeur n'a pas mis à jour son dossier depuis 2011, malgré qu'il ait reçu une lettre lui demandant de le faire. Il a aussi constaté qu'il lui revient d'évaluer les difficultés que pourrait subir le demandeur au retour, et non les risques au sens des articles 96 et 97 de la LIPR, qui sont probablement différents aujourd'hui de ceux dont parlait HCNUR et l'avocat du demandeur en 2010.

[27] L'agent a considéré la décision de l'agent qui a effectué la dernière ERAR du demandeur, constatant que l'allégation du demandeur qu'il est recherché par le gouvernement tunisien en raison de ses opinions politiques imputées n'était pas démontrée par la preuve devant l'agent d'ERAR en 2006.

[28] Il a considéré aussi que les conclusions du HCNUR indiquant qu'il y avait des raisons de croire que le demandeur serait à risque de torture en Tunisie ont été tirées en mai 2010, soit avant les changements majeurs du « printemps arabe ».

[29] Indeed, in its latest report on the situation in Tunisia, Amnesty International reports that human rights, the situation for political dissidents and freedom of expression were improving with the new government. This report also indicates that the Tunisian security forces, [TRANSLATION] “known for human rights excesses and their use of torture” have been dissolved. The officer also referred to a report of the U.S. State Department noting improvements in Tunisia from a human rights perspective.

[30] The officer therefore concluded that the objective evidence demonstrated a general improvement of the human rights situation in Tunisia, particularly with respect to opponents of the political regime. He noted that, generally speaking, conditions in Tunisia had greatly improved since the applicant left Tunisia or even since the 2006 PRRA.

[31] Ultimately, the officer found that the most serious humanitarian and compassionate considerations for the applicant were those related to establishment. Comparing these with Canada’s commitment not to grant refugee protection to those who have committed crimes against humanity, the officer determined that more weight should be afforded to the latter factor. He therefore concluded that the applicant’s inadmissibility was serious and reflected Canada’s international commitments. For these reasons, he determined that, in the applicant’s case, humanitarian and compassionate considerations did not override the applicant’s failure to apply for permanent residence from outside Canada or his inadmissibility under paragraph 35(1)(a) of the IRPA.

[32] On July 19, 2013, the *Ezokola* decision was rendered by the Supreme Court of Canada.

[33] In light of *Ezokola*, this Court asked the parties to submit their positions on how the reasoning developed in *Ezokola* applied in this case.

[34] Subsequently, in light of the respondent’s arguments on the application of *res judicata*, the Court asked

[29] D’ailleurs, dans son plus récent rapport sur la situation en Tunisie, l’organisme Amnistie internationale rapporte que la situation des droits de l’homme et des dissidents politiques, ainsi que la liberté d’expression, sont en voie d’amélioration avec le nouveau gouvernement. Ce rapport indique de même que les forces de sécurité tunisiennes « connues pour les bavures des droits humains et l’usage de torture » ont été dissoutes. L’agent a cité aussi un rapport du U.S. Department of State qui constate des améliorations au point de vue des droits humains en Tunisie.

[30] L’agent a donc conclu que la preuve objective démontre une amélioration des droits de l’homme en général en Tunisie, particulièrement en ce qui concerne les opposants au régime politique. Il a constaté qu’en général, il y a eu une large amélioration dans les conditions en Tunisie par rapport aux conditions au pays lorsque le demandeur a quitté la Tunisie, ou même lors de l’ERAR en 2006.

[31] En fin de compte, l’agent a considéré que les considérations d’ordre humanitaire les plus contraignantes pour le demandeur sont celles reliées à l’établissement. Comparant celles-ci avec l’engagement du Canada de ne pas offrir l’asile à ceux qui ont commis des crimes contre l’humanité, l’agent a statué que davantage de poids devait être accordé à ce dernier point. Il a donc conclu que l’interdiction de territoire du demandeur est de nature sérieuse, et implique les engagements du Canada à l’échelle internationale. Pour ces raisons, il a décidé que les considérations d’ordre humanitaire dans le cas du demandeur ne l’emportent pas sur son manque de demander un visa de résident permanent à l’extérieur du Canada et son interdiction de territoire en vertu de l’alinéa 35(1)a) de la LIPR.

[32] Le 19 juillet 2013, l’arrêt *Ezokola* a été rendu par la Cour suprême du Canada.

[33] À la lumière de l’arrêt *Ezokola*, la présente Cour a demandé aux parties de fournir leur position en ce qui concerne l’application du raisonnement développé dans l’arrêt *Ezokola* en l’espèce.

[34] Par la suite, vu les arguments du défendeur quant à l’application du principe de la chose jugée, la Cour a

the parties to make representations on the Court's discretion to apply *res judicata*.

#### IV. Issue

[35] The issue is the following: is *Ezokola* relevant to the matter at bar?

#### V. Standard of review

[36] An officer's decision on an H&C application is discretionary. The standard of review is therefore reasonableness, and the officer's decision must be given a great deal of deference according to the principles described in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. This was reiterated recently, by Justice Kane of this Court, in the decision in *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 802, [2014] 3 F.C.R. 438, affd 2014 FCA 113, [2015] 1 F.C.R. 335 (*Kanhasamy*), where she indicated at paragraph 10 that "[t]he standard of review of decisions under section 25 is reasonableness". (See also *Terigho v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 835, at paragraph 6.)

[37] That being said, the officer's decision cannot be challenged, be it under the correctness standard or that of reasonableness. In fact, the issue is not whether the decision was reasonable, but whether it is in the interests of justice to make an exception to the principle of the finality of judgments which prohibits any reconsideration of a final decision.

[38] *Res judicata*, based on the sanctity of the finality of decisions, has one exception. According to my reading of *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460 (*Danyluk*); and *Penner v. Niagara (Regional Police Services Board)*, 2013 SCC 19, [2013] 2 S.C.R. 125 (*Penner*), this exception comes into play when the Court is of the opinion that the legitimate need for the decision to be final works an injustice that exceeds what is acceptable in our legal system. This

demandé aux parties de fournir des observations quant au pouvoir discrétionnaire de la Cour d'appliquer le principe de la chose jugée.

#### IV. Question en litige

[35] La question en litige est la suivante : est-ce que l'arrêt *Ezokola* est pertinent en l'espèce?

#### V. Norme de contrôle

[36] Les décisions des agents dans le contexte des demandes CH sont discrétionnaires. La norme de contrôle est donc celle de la décision raisonnable, et la décision de l'agent doit être traitée avec beaucoup de retenue selon les principes décrits dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. Cela a été réitéré récemment par la juge Kane de cette Cour dans la décision *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 802, [2014] 3 R.C.F. 438, conf. par 2014 CAF 113, [2015] 1 R.C.F. 335 (*Kanhasamy*) où elle a souligné au paragraphe 10 que « [l]a norme de contrôle qui s'applique dans le cas des décisions fondées sur l'article 25 est celle de la décision raisonnable ». (Voir aussi *Terigho c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 835, au paragraphe 6.)

[37] Cela dit, la décision de l'agent ne peut être remise en cause, et ce, tant selon la norme de la décision correcte, que la décision raisonnable. En effet, la question n'est pas de déterminer si la décision était raisonnable, mais plutôt s'il est dans l'intérêt de la justice de faire exception au principe de la finalité des jugements qui proscrit toute reconsidération d'une décision finale.

[38] L'autorité de la chose jugée fondée sur le caractère sacré de la finalité des décisions comporte une exception. Selon ma lecture des arrêts *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460 (*Danyluk*); et *Penner c. Niagara (Commission régionale de services policiers)*, 2013 CSC 19, [2013] 2 R.C.S. 125 (*Penner*), cette exception entre en ligne de compte lorsque la Cour est d'avis que la nécessité légitime que les décisions aient un caractère définitif

discretion must be guided by a three-pronged test established by the Supreme Court in *Danyluk* and *Penner*.

[39] In the matter at bar, the fact that the officer did not err with respect to the state of the law when he made his decision does not preclude departing from the *res judicata* rule in order to remedy an injustice. If the Court is satisfied that the conditions to waive *res judicata* when so required in the interests of justice, as established in *Danyluk* and *Penner*, are met, then the fact that *Ezokola* was rendered after the officer's decision does not preclude setting aside the decision.

[40] In these conditions, it is appropriate to ask the officer to reconsider his decision in light of the test reformulated in *Ezokola* for deeming a refugee protection claim inadmissible. More specifically, the officer must reassess the underlying rationale of his decision, the defence of Canada's international refugee commitments, in consideration of the rules for exclusion clarified in *Ezokola* and their application in this case.

## VI. Analysis

### A. *Retrospective application of Ezokola*

[41] At the hearing, the applicant submitted that the Supreme Court's decision in *Ezokola* should be examined by the Court as a ground for setting aside an officer's decision on an H&C decision even though the officer's decision was issued before the Supreme Court rendered its decision.

[42] The respondent did not dispute the application of *Ezokola* on the basis that it was rendered after the officer's decision. Rather, it challenged its application, in the event that the present matter is referred back to the officer who heard the H&C application, on the ground that this officer is bound by the RPD's conclusion on the

outrepasse le niveau d'injustice acceptable dans notre système juridique. Il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire qui doit être guidé par un test à trois volets qui a été établi par la Cour suprême dans les arrêts *Danyluk* et *Penner*.

[39] En l'espèce, le fait que l'agent n'a fait aucune erreur en ce qui a trait à l'état du droit lorsqu'il a rendu sa décision n'empêche pas d'écarter l'autorité de la chose jugée afin de remédier à une injustice. Si la Cour est convaincue que les conditions permettant de passer outre à l'autorité de la chose jugée lorsque l'intérêt de la justice le commande, établies dans les arrêts *Danyluk* et *Penner* sont remplies, alors, le fait que l'arrêt *Ezokola* a été rendu après la décision de l'agent n'empêche pas d'infirmer la décision.

[40] Dans ces conditions, il est approprié de demander à l'agent de reconsidérer sa décision à la lumière des critères reformulés dans l'arrêt *Ezokola* pour qualifier une demande d'asile d'irrecevable. Plus précisément, l'agent doit réévaluer le fondement sous-jacent de sa décision selon lequel il faut défendre les engagements internationaux du Canada à l'égard des réfugiés, en considération des règles d'admissibilité clarifiées par l'arrêt *Ezokola*, et de leur application en l'espèce.

## VI. Analyse

### A. *Caractère rétrospectif de l'application de l'arrêt Ezokola*

[41] Lors de l'audience, le demandeur a soutenu que l'arrêt de la Cour suprême *Ezokola* devrait être examiné par la Cour comme motif permettant d'écarter la décision de l'agent dans le contexte d'une décision CH même si la décision de l'agent a été prononcée avant que l'arrêt de la Cour suprême ait été rendu.

[42] Le défendeur n'a pas contesté l'application de l'arrêt *Ezokola* sur la base qu'il a été rendu après la décision de l'agent. Il a plutôt contesté son application, dans l'éventualité où la présente affaire serait retournée devant l'agent qui a entendu la demande CH, sur la base que cet agent est lié par la conclusion de la SPR quant à

applicant's inadmissibility and that therefore this issue has to be considered as being *res judicata*. However, even if the respondent had submitted to this Court that it should not consider *Ezokola* because it was rendered after the officer's decision, I would have rejected this argument. The issue concerns the exercise of the officer's discretion. Considering that *Ezokola* was rendered before this decision, the applicant could not raise the question of *Ezokola*'s application before the officer. The interests of justice would have required that I exercise my discretion and set aside the decision by giving the officer instructions to reconsider it. As long as this question is still "alive", in the sense that it has not been entirely concluded, and since it affects the outcome of the application, it is my opinion that the applicant has the right to be heard (see *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246, at page 261).

*B. Determinative reason for the officer's decision*

[43] In arriving at his final decision, the officer considered the factors weighing in favour of revoking the applicant's inadmissibility. I am satisfied that the decisive factor in the officer's decision was not the applicant's inadmissibility alone, but also the importance given by the officer to the international human rights instruments to which Canada is signatory and with which it has to comply. He concluded that the applicant's inadmissibility overrode humanitarian and compassionate considerations, as described below:

[TRANSLATION]

Conclusion and disposition

...

When comparing [establishment] with Canada's commitment not to offer refugee protection to those who have committed crimes against humanity, I afford more weight to the latter factor. I refer to the relevant objectives of the IRPA in this respect.

l'interdiction de territoire et donc, cette question doit être considérée comme chose jugée. Cependant, même si le défendeur avait soumis à la Cour qu'elle ne devrait pas tenir compte de l'arrêt *Ezokola* parce qu'il a été rendu après la décision de l'agent, j'aurais rejeté cet argument. La question porte sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'agent. Considérant que l'arrêt *Ezokola* a été rendu avant la décision en l'espèce, le demandeur ne pouvait pas soulever la question de l'application de l'arrêt *Ezokola* devant l'agent. L'intérêt de la justice aurait commandé que j'exerce mon pouvoir discrétionnaire afin d'infirmer la décision en donnant à l'agent la directive de la reconsidérer. Tant que cette question est encore « vivante », dans le sens où elle n'a pas été entièrement conclue et puisque celle-ci affecte l'issue de la demande, je suis d'avis que le demandeur a le droit d'être entendu (voir *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246, à la page 261).

*B. Motif déterminant de la décision de l'agent*

[43] En arrivant à sa décision finale, l'agent a soupesé les facteurs militant en faveur de la révocation de l'interdiction de territoire du demandeur. Je suis convaincu que le facteur déterminant dans la décision de l'agent n'était pas seulement l'inadmissibilité du demandeur, mais aussi l'importance que l'agent a attribuée aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire, et auxquels le Canada doit conséquemment se conformer. Il a conclu que son interdiction de territoire l'emportait sur les considérations d'ordre humanitaire, tel que décrit ci-dessous :

Conclusion et Décision

[...]

Lorsque comparé [l'établissement] avec l'engagement du Canada de ne pas offrir asile à ceux qui ont commis des crimes contre l'humanité, j'accorde plus de poids à ce dernier point. Je réfère aux objectifs pertinents de la LIPR à ce sujet.

3. (1) The objectives of this Act with respect to immigration are

(i) to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks; and . . .

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

(a) furtheres the domestic and international interests of Canada;

(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.

In light of these objectives and notwithstanding Mr. Hamida's establishment and family life in Canada, and the hardship he might face in Tunisia, I find that his inadmissibility is serious and reflects Canada's international commitments. For these reasons, I conclude that the humanitarian and compassionate considerations in this case do not override Mr. Hamida's failure to comply with the Act and to apply for permanent residence from outside Canada, or his inadmissibility under paragraph 35(1)(a) of the IRPA." [Emphasis added.]

### C. Conclusion on the applicant's complicity in crimes against humanity

[44] The officer's conclusion on the applicant's complicity in certain crimes against humanity was based on the RPD's 2003 decision. The RPD applied the test set out in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306, at page 317, where the Federal Court of Appeal defined complicity in terms of membership in an organization "principally directed to a limited, brutal purpose" in the conduct of its affairs. This reasoning and the case law that ensued were explicitly rejected by the Supreme Court in *Ezokola*.

[45] In *Ezokola*, at paragraph 81, the Supreme Court rejected the test according to which "a concept of complicity [can leave room] for guilt by association or passive acquiescence". The Court stated that this test violated fundamental international and Canadian criminal law principles pursuant to section F(a) of Article 1

3. (1) En matière d'immigration, la présente loi a pour objet :

i) de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l'interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité; et

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

a) de promouvoir les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international;

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.

À la lumière de ces objectifs et nonobstant l'établissement et la vie familiale de Monsieur Hamida au Canada, ainsi que les difficultés auxquelles il pourra faire face en Tunisie, je trouve que l'interdiction de territoire de Monsieur Hamida est de nature sérieuse qui implique les engagements du Canada à l'échelle internationale. Pour ces raisons, je conclus que les considérations d'ordre humanitaire dans ce dossier ne l'emportent pas sur le manquement à la loi de Monsieur Hamida de demander le visa de résident permanent à l'extérieur du Canada et son interdiction de territoire en vertu de l'alinéa 35(1)a) de la LIPR. » [Je souligne.]

### C. La conclusion quant à la complicité du demandeur dans des crimes contre l'humanité

[44] La conclusion de l'agent relativement à la complicité du demandeur dans certains crimes contre l'humanité a été basée sur la décision de la SPR de 2003. La SPR a employé le critère énoncé dans l'arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306, à la page 317, où la Cour d'appel fédérale a défini la complicité en termes d'adhésion à une organisation qui « vise principalement des fins limitées et brutales » dans la conduite de ses affaires. Ce raisonnement et la jurisprudence qui l'a suivi ont été expressément rejetés par la Cour suprême dans l'arrêt *Ezokola*.

[45] Dans l'arrêt *Ezokola*, au paragraphe 81, la Cour suprême a rejeté le test selon lequel « la complicité [soit] susceptible de s'entendre de la culpabilité par association ou de l'acquiescement passif ». La Cour a déclaré que ce test allait à l'encontre des principes fondamentaux du droit pénal international et canadien en



of the Refugee Convention. The Court therefore set out a test that requires evaluating whether the accused “has voluntarily made a significant and knowing contribution to the organization’s crime or criminal purpose” (*Ezokola*, at paragraph 84).

#### D. Application of *res judicata*

[46] A wealth of decisions of the Federal Court of Appeal and this Court support the application of *res judicata*, pointing out that the Minister’s discretion with respect to H&C applications cannot be applied directly or indirectly to review the facts or the RPD’s conclusions. The courts have also held that applicants cannot raise subsequent changes to the case law to benefit from a change in the law and therefore undermine *res judicata*. This situation arises in the present matter with respect to the RPD’s decision on the applicant’s inadmissibility. The recent decision in *Yeager v. Day*, 2013 FCA 258, 453 N.R. 385, is relevant here [at paragraphs 10 and 14]:

Upon expiry of the deadline for filing a notice of appeal, and in the absence of a motion to extend the time to appeal, the matter became *res judicata*. Upon becoming *res judicata*, the order is presumed to be valid, absent proof of fraud in its making, even if there is a later change in the law: see, e.g., *Régie des rentes du Québec v. Canada Bread Company Ltd.*, 2013 SCC 46 at paragraph 55, citing *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374 at page 403. For example, where a person is convicted of a criminal offence, is sitting in jail, and has not appealed his conviction, he cannot take advantage of a later, favourable court decision: *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246 at paragraph 21. Accordingly, having not appealed the Deputy Judge’s order, Mr. Yeager could not benefit from any subsequent changes in the law, such as the change wrought by *Felipa*, *supra*.

...

Mr. Yeager’s claim does not fit within these three principles. Indeed, the principle of finality of judgments and orders embraced by the concept of *res judicata* is an integral part of the second principle, the preservation of order. [Emphasis added.]

application de la section *Fa*) de l’article premier de la Convention sur les réfugiés. Partant, la Cour a énoncé un test qui demande d’évaluer si l’accusé a « volontairement contribué de manière significative et consciente aux crimes ou au dessein criminel d’une organisation. » (*Ezokola*, au paragraphe 84).

#### D. L’application de l’autorité de la chose jugée

[46] Il existe une abondante jurisprudence de la Cour d’appel fédérale et de cette Cour soutenant l’application de l’autorité de la chose jugée en soulignant que la discrétion du ministre dans une demande CH ne peut pas être utilisée directement ou indirectement pour examiner les faits ou les conclusions de la SPR. Les Cours ont également jugé qu’un demandeur ne peut bénéficier de modifications ultérieures de la jurisprudence pour tirer avantage d’une évolution de la loi et ainsi miner le principe de l’autorité de la chose jugée. Cette situation est celle qui se pose en l’espèce avec la décision de la SPR quant à l’interdiction du territoire du demandeur. À cet égard, l’arrêt récent *Yeager c. Day*, 2013 CAF 258 est pertinent [aux paragraphes 10 et 14] :

À l’expiration de la date d’échéance pour le dépôt d’un avis d’appel, et en l’absence d’une requête en prorogation du délai d’appel, la question tombe sous l’autorité de la chose jugée. Une fois devenue chose jugée, l’ordonnance est présumée valide, en l’absence de preuve établissant qu’il y a eu fraude lorsqu’elle a été rendue, même si plus tard il y a modification de la loi : voir par exemple, *Régie des rentes du Québec c. Canada Bread Company Ltd.*, 2013 CSC 46 (CanLII), 2013 CSC 46, au paragraphe 55, citant l’arrêt *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 RCS 374, à la page 403. Par exemple, lorsqu’une personne reconnue coupable d’une infraction pénale est en prison et n’a pas interjeté appel de sa condamnation, elle ne peut pas tirer avantage d’une jurisprudence ultérieure : *R c Wigman*, [1987] 1 RCS 246, au paragraphe 21. Par conséquent, étant donné que M. Yeager n’a pas interjeté appel de l’ordonnance rendue par le juge suppléant, il ne peut pas profiter de quelque évolution du droit ultérieure, telle que la modification apportée par la jurisprudence *Felipa*, précitée.

[...]

La demande de M. Yeager s’inscrit dans aucun de ces trois principes. En fait, le principe de la finalité des jugements et des ordonnances sur lequel est fondé le concept de l’autorité de la chose jugée est englobé intégralement par le deuxième principe, celui de la préservation de l’ordre. [Je souligne.]

[47] According to the case law referred to by the respondent, *res judicata* is paramount. The issue of the panel exercising its discretion in order to lessen the strict operation of *res judicata* has never been considered in the context of a highly discretionary decision on humanitarian and compassionate considerations. It is precisely this issue that must be disposed of here.

E. *Discretion in applying res judicata*

[48] In *Danyluk*, the Supreme Court established a two-prong test for determining whether issue estoppel, the subdivision of *res judicata* we are discussing here, has to be applied (*Danyluk*, at paragraph 33):

The rules governing issue estoppel should not be mechanically applied. The underlying purpose is to balance the public interest in the finality of litigation with the public interest in ensuring that justice is done on the facts of a particular case. (There are corresponding private interests.) The first step is to determine whether the moving party (in this case the respondent) has established the preconditions to the operation of issue estoppel set out by Dickson J. in *Angle*, *supra*. If successful, the court must still determine whether, as a matter of discretion, issue estoppel ought to be applied; *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), at para. 32; *Schweneke v. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), at paras. 38-39; *Braithwaite v. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund* (1999), 176 N.S.R. (2d) 173 (C.A.), at para. 56. [Italics in original; underlining added.]

[49] The three preconditions at the first stage of issue estoppel described in *Danyluk* have indisputably been fulfilled: that the question has already been decided; that the judicial decision was final; and that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceeding in which the estoppel is raised. However, it is the second stage of the *Danyluk* test that is relevant in the matter at bar: is it in the interests of justice that the Court exercises its discretion to apply this form of estoppel?

[47] La jurisprudence citée par le défendeur soutient que l'autorité de la chose jugée est prédominante. Or, la question de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal dans le but d'atténuer la stricte application de l'autorité de la chose jugée n'a jamais été considérée auparavant dans le contexte d'une décision hautement discrétionnaire d'ordre humanitaire. C'est précisément cette question qui doit être tranchée en l'espèce.

E. *Pouvoir discrétionnaire quant à l'application de l'autorité de la chose jugée*

[48] Dans l'arrêt *Danyluk*, la Cour suprême a établi un test en deux étapes permettant de déterminer si la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, soit la sous-division de l'autorité de la chose jugée qui nous intéresse en l'espèce, doit être appliquée (*Danyluk*, au paragraphe 33) :

Les règles régissant la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne doivent pas être appliquées machinalement. L'objectif fondamental est d'établir l'équilibre entre l'intérêt public qui consiste à assurer le caractère définitif des litiges et l'autre intérêt public qui est d'assurer que, dans une affaire donnée, justice soit rendue. (Il existe des intérêts privés correspondants.) Il s'agit, au cours de la première étape, de déterminer si le requérant (en l'occurrence l'intimée) a établi l'existence des conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée énoncées par le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité. Dans l'affirmative, la cour doit ensuite se demander, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, si cette forme de préclusion devrait être appliquée; *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), par. 32; *Schweneke c. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), par. 38-39; *Braithwaite c. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund* (1999), 176 N.S.R. (2d) 173 (C.A.), par. 56. [Italiques dans l'original; soulignement ajouté.]

[49] Il est sans contredit que les trois conditions préalables à la première étape de la préclusion décrite dans l'arrêt *Danyluk* ont été remplies : que la question ait déjà été décidée; que la décision judiciaire en question soit finale; et que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la préclusion est soulevée. Cependant, c'est la deuxième étape du test de l'arrêt *Danyluk* qui est pertinente en l'espèce : est-il dans l'intérêt de la justice que la Cour

[50] When reviewing the second stage in *Penner*, the Supreme Court developed the test established in *Danyluk* for the fairness analysis, pointing out that the courts should focus their analysis on the differences between the goals sought by the two proceedings to which issue estoppel may apply. The following excerpt from this decision reflects the reasoning of the majority (*Penner*, at paragraph 42):

The second way in which the operation of issue estoppel may be unfair is not so much concerned with the fairness of the prior proceedings but with the fairness of *using their results* to preclude the subsequent proceedings. Fairness, in this second sense, is a much more nuanced enquiry. On the one hand, a party is expected to raise all appropriate issues and is not permitted multiple opportunities to obtain a favourable judicial determination. Finality is important both to the parties and to the judicial system. However, even if the prior proceeding was conducted fairly and properly having regard to its purpose, injustice may arise from using the results to preclude the subsequent proceedings. This may occur, for example, where there is a significant difference between the purposes, processes or stakes involved in the two proceedings. We recognize that there will always be differences in purpose, process and stakes between administrative and court proceedings. In order to establish unfairness in the second sense we have described, such differences must be significant and assessed in light of this Court's recognition that finality is an objective that is also important in the administrative law context. As Doherty and Feldman J.J.A. wrote in *Schweneke v. Ontario* (2000), 2000 CanLII 5655 (ON CA), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), at para. 39, if courts routinely declined to apply issue estoppel because the procedural protections in the administrative proceedings do not match those available in the courts, issue estoppel would become the exception rather than the rule. [Underlining added. [Italics in original; underlining added.]

[51] The Supreme Court also indicated that when determining whether issue estoppel applies, the courts must look at the parties' legitimate and reasonable expectations and consider whether issue estoppel would affect the efficacy and policy goals of the administrative proceeding. At paragraph 43 of *Penner*, the Court explained

exerce son pouvoir discrétionnaire afin d'appliquer cette forme de préclusion?

[50] Lors de l'examen de la deuxième étape, la Cour suprême dans l'arrêt *Penner* a développé le critère qui avait été établi dans l'arrêt *Danyluk* quant à l'analyse du respect de l'équité, en soulignant que les tribunaux doivent concentrer leur analyse sur les distinctions dans les objectifs poursuivis par les deux procédures pour lesquelles la préclusion est susceptible d'application. Le passage suivant de la décision démontre bien le raisonnement de la majorité (*Penner*, au paragraphe 42) :

La deuxième façon dont l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée peut se révéler inéquitable n'intéresse pas tant le caractère équitable de l'instance antérieure que celui du fait d'opposer la décision issue de cette instance à une autre action. Dans ce deuxième sens, l'équité fait l'objet d'un examen beaucoup plus nuancé. D'une part, une partie est censée soulever toutes les questions pertinentes et ne dispose pas de multiples tentatives pour obtenir un jugement favorable. Le caractère définitif est important tant pour les parties que pour le système judiciaire. En revanche, même si l'instance antérieure s'est déroulée de manière juste et régulière eu égard à son objet, il pourrait se révéler injuste d'empêcher, sur le fondement de l'issue d'une procédure antérieure, la tenue d'une autre instance. Par exemple, ce peut être le cas lorsque les objets, la procédure ou les enjeux des deux instances diffèrent grandement. Nous reconnaissons que la procédure administrative et la procédure judiciaire différeront toujours sur ces plans. Or, pour démontrer qu'il y a iniquité selon ce deuxième sens que nous venons de décrire, il faut un écart considérable, évalué à la lumière de l'importance que revêt également en droit administratif, selon la Cour, le caractère définitif des litiges. Comme l'ont souligné les juges Doherty et Feldman dans *Schweneke c. Ontario* 2000 CanLII 5655 (ON CA), (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), par. 39, si les tribunaux refusaient systématiquement d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée parce que les garanties procédurales applicables en matière administrative et en matière judiciaire ne correspondent pas, cette doctrine serait l'exception plutôt que la règle. [Italiques dans l'original; soulignement ajouté.]

[51] La Cour suprême a également souligné que dans la détermination de l'application de la préclusion, il faut prendre en compte les attentes légitimes et raisonnables des parties et se demander si la préclusion porte atteinte à l'efficacité et aux objectifs politiques de la procédure administrative. Au paragraphe 43 de l'arrêt *Penner*, la

that legitimate and reasonable expectations had to be examined in relation to the wording of the statute in question, as follows:

Two factors discussed in *Danyluk* — “the wording of the statute from which the power to issue the administrative order derives” (paras. 68-70) and “the purpose of the legislation” (paras. 71-73), including the degree of financial stakes involved — are highly relevant here to the fairness analysis in this second sense. They take into account the intention of the legislature in creating the administrative proceedings and they shape the reasonable expectations of the parties about the scope and effect of the proceedings and their impact on the parties’ broader legal rights: *Minott*, at pp. 341-42. [Emphasis added.]

[52] In *Danyluk*, at paragraph 67 and following, the Supreme Court sets out an open list of factors that may be considered in the exercise of discretion at the second stage of the test, explaining that these factors may vary from case to case:

- (1) The wording of the statute from which the power to issue the administrative order derives;
- (2) The purpose of the legislation;
- (3) The availability of an appeal;
- (4) The safeguards available to the parties in the administrative procedure;
- (5) The expertise of the administrative decision maker;
- (6) The circumstances giving rise to the prior administrative proceedings; and
- (7) The potential injustice.

[53] The factors described in *Danyluk* will therefore have to be analysed in order to determine whether issue estoppel should operate in this case.

Cour a expliqué l’examen des attentes légitimes et raisonnables dans le cadre de la formulation de la loi comme suit :

Deux facteurs analysés dans *Danyluk* — « le libellé du texte de loi accordant le pouvoir de rendre l’ordonnance administrative » (par. 68-70) et « l’objet de la loi » (par. 71-73), y compris la teneur de l’enjeu financier — sont forts pertinents en l’espèce quant à l’analyse relative à l’équité selon ce deuxième sens. Ces facteurs tiennent compte de l’intention du législateur lorsqu’il a créé le régime administratif et définissent les attentes raisonnables des parties concernant la portée et l’effet de l’instance ainsi que son incidence sur les droits en général des parties au litige : *Minott*, p. 341-342. [Je souligne.]

[52] Dans l’arrêt *Danyluk*, aux paragraphes 67 et suivants, la Cour suprême a mentionné des facteurs non exhaustifs qui peuvent être pris en compte dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire à la deuxième étape du test en précisant que ces facteurs varient dans chaque cas :

- 1) Le libellé du texte de la loi accordant le pouvoir de rendre l’ordonnance administrative;
- 2) L’objet de la loi;
- 3) L’existence d’un droit d’appel;
- 4) Les garanties offertes aux parties dans le cadre de l’instance administrative;
- 5) L’expertise du décideur administratif;
- 6) Les circonstances ayant donné naissance à l’instance administrative initiale; et
- 7) Le risque d’injustice.

[53] Il est alors nécessaire de mener une analyse des facteurs décrits dans l’arrêt *Danyluk* dans le but de déterminer si la préclusion découlant d’une question déjà tranchée doit être appliquée en l’espèce.

## (1) Refugee protection legislation

[54] The Supreme Court noted that the wording and the purpose of the legislative scheme shape the parties' reasonable expectations with respect to the scope and effect of the administrative proceeding, as described in paragraph 47 of *Penner*:

Thus, the text and purpose of the legislative scheme shape the parties' reasonable expectations in relation to the scope and effect of the administrative proceedings. They guide how and to what extent the parties participate in the process. Where the legislative scheme contemplates multiple proceedings and the purposes of those proceedings are widely divergent, the application of the doctrine in such circumstances might not only upset the parties' legitimate and reasonable expectations but may also undermine the efficacy and policy goals of the administrative proceedings by either encouraging more formality and protraction or even discouraging access to the administrative proceedings altogether.

[55] The respondent submits that Parliament's intention in this respect is clear since section 15 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRPR), stipulates as follows:

Application  
of par. 35(1)  
(a) of the  
Act

**15.** For the purpose of determining whether a foreign national or permanent resident is inadmissible under paragraph 35(1)(a) of the Act, if any of the following decisions or the following determination has been rendered, the findings of fact set out in that decision or determination shall be considered as conclusive findings of fact

...

(b) a determination by the Board, based on findings that the foreign national or permanent resident has committed a war crime or a crime against humanity, that the foreign national or permanent resident is a person referred to in section F of Article 1 of the Refugee Convention; or

[56] I agree that, under the IRPR, the RPD's findings on the applicant's inadmissibility are *res judicata*.

[57] However, the previous version of subsection 25(1) [S.C. 2012, c. 17, s. 13] of the IRPA, which governs the

## 1) La législation portant sur le statut de réfugié

[54] La Cour suprême a souligné que le texte et le but du régime législatifs définissent les attentes raisonnables des parties en ce qui concerne la portée et l'effet de l'instance administrative telle que décrite au paragraphe 47 de l'arrêt *Penner* :

Ainsi, le libellé et l'objet du régime législatif définissent les attentes raisonnables des parties quant à la portée et à l'effet de l'instance administrative. Ils définissent le rôle des parties dans le déroulement de l'instance et l'étendue de leur apport. Lorsque le régime législatif prévoit des instances multiples dont les objets sont fort différents, l'application de la doctrine risque non seulement de bouleverser les attentes légitimes et raisonnables des parties, mais aussi de nuire à l'efficacité et aux objectifs d'intérêt général du régime administratif, en favorisant le formalisme et les lenteurs, voire en décourageant complètement l'exercice d'un recours administratif.

[55] Le défendeur fait valoir que l'intention du législateur est claire à ce sujet puisque l'article 15 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (RIPR) stipule que :

**15.** Les décisions ci-après ont, quant aux faits, force de chose jugée pour le constat de l'interdiction de territoire d'un étranger ou d'un résident permanent au titre de l'alinéa 35(1)a) de la Loi :

Application  
de l'alinéa  
35(1)a) de la  
Loi

[...]

b) toute décision de la Commission, fondée sur les conclusions que l'intéressé a commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, qu'il est visé par la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés;

[56] Je suis d'accord qu'en vertu du RIPR, les conclusions de la SPR en ce qui concerne l'interdiction de territoire du demandeur ont force de chose jugée.

[57] Cependant, la version antérieure du paragraphe 25(1) [L.C. 2012, ch. 17, art. 13] de la LIPR, soit celle

H&C application under review, clearly created the reasonable expectation that humanitarian and compassionate considerations would apply even in the event of inadmissibility. In fact, before the recent amendments to the IRPA, subsection 25(1) read as follows:

Humanitarian and compassionate considerations — request of foreign national

**25.** (1) Subject to subsection (1.2), the Minister must, on request of a foreign national in Canada who applies for permanent resident status and who is inadmissible or does not meet the requirements of this Act, and may, on request of a foreign national outside Canada who applies for a permanent resident visa, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligations of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to the foreign national, taking into account the best interests of a child directly affected. [Emphasis added.]

[58] There is a further, related issue: if *Ezokola* had been before the officer, would his reasoning on the applicant's inadmissibility have been the same, namely that he was bound by the RPD's decision? In the present matter, the officer noted that the principles of international law underlying inadmissibility findings obliged him to deny the application despite the degree of the applicant's establishment in Canada, which the officer deemed high. Yet the officer enjoys broad discretion under section 25 of the IRPA. In light of *Ezokola*, his reasoning, with respect to the applicant's inadmissibility, runs counter to current theories in international criminal law. Although I would not go as far as saying that the RPD's inadmissibility finding should be set aside, I believe that the humanitarian and compassionate considerations in this case would have obliged him to depart from the principles in international criminal law he referred to and which underlie the applicant's inadmissibility. The officer insisted on complying with the international criminal law principles underlying the applicant's inadmissibility, since, in his opinion, the RPD's decision followed these principles. However, in light of *Ezokola*, the RPD's decision violated these principles. Without these principles, the main reasons for the officer's decision disappear, and he is left with

régissant la demande CH sous étude, créait clairement une attente raisonnable que les considérations d'ordre humanitaire s'appliqueraient même face à une interdiction de territoire. En effet, avant les modifications récentes apportées à la LIPR, la version en vigueur de l'article 25(1) se lisait comme suit :

**25.** (1) Sous réserve du paragraphe (1.2), le ministre doit, sur demande d'un étranger se trouvant au Canada qui demande le statut de résident permanent et qui soit est interdit de territoire, soit ne se conforme pas à la présente loi, et peut, sur demande d'un étranger se trouvant hors du Canada qui demande un visa de résident permanent, étudier le cas de cet étranger; il peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des considérations d'ordre humanitaire relatives à l'étranger le justifient, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché. [Je souligne.]

Séjour pour motif d'ordre humanitaire à la demande de l'étranger

[58] En outre, une question connexe se pose : si l'arrêt *Ezokola* avait été devant l'agent, est-ce que son raisonnement quant à l'interdiction du territoire du demandeur aurait été le même sur la base qu'il était lié par la décision de la SPR? Dans le cas présent, l'agent a constaté que les principes du droit international qui sous-tendent la détermination d'interdiction de territoire le forçaient à rejeter la demande malgré l'établissement du demandeur au Canada, que l'agent a estimé fort. Or, l'agent dispose d'un large pouvoir discrétionnaire en vertu de l'article 25 de la LIPR. À la lumière de l'arrêt *Ezokola*, son raisonnement, en ce qui concerne l'interdiction de territoire, va à l'encontre des théories actuelles en droit pénal international. Sans aller jusqu'à dire que la décision de la SPR quant à l'interdiction de territoire doit être mise de côté, je crois que les considérations d'ordre humanitaire du présent cas l'auraient obligé à abandonner les principes de droit pénal international qu'il a cités et qui sous-tendent l'interdiction de territoire du demandeur. L'agent tenait à se conformer aux principes du droit pénal international qui sous-tendent l'interdiction de territoire, la décision de la SPR suivant, selon lui, ces principes. Cependant, à la lumière de l'arrêt *Ezokola*, la décision de la SPR a violé les principes du droit pénal international. Sans ces principes, le motif principal de la



his conclusion that the applicant should be granted permanent residence on the basis of his establishment in Canada.

(2) The purpose of the legislation

[59] The respondent submits that section 15 of the IRPR has the force of ending any discussion on whether *Ezokola* applies with respect to *res judicata* in the context of an H&C application. I disagree. The purpose of an H&C application, as provided in the previous version of section 25 of the IRPA, which takes precedence over the IRPR, is to determine whether permanent residence status should be granted to an applicant on humanitarian and compassionate considerations despite the applicant's inadmissibility. If we accept the respondent's argument, there would have been no need for the amendments to section 25 made by Bill C-43 [*Faster Removal of Foreign Criminals Act*, S.C. 2013, c. 16] to prevent inadmissible persons from availing themselves of humanitarian and compassionate considerations.

[60] In *Penner*, the Supreme Court states at paragraph 62 that the risk of undermining the legislative scheme by applying issue estoppel is an important consideration. If the inadmissibility finding takes precedence over humanitarian and compassionate considerations, the purpose of the administrative scheme for applications for humanitarian and compassionate considerations is likely to be undermined. Consequently, the former version of section 25 of the IRPA clearly indicates that inadmissibility should not be seen as a decisive obstacle, but as one of the factors to be weighed.

(3) The availability of an appeal

(4) The safeguards available to the parties in the administrative procedure

(5) The expertise of the administrative decision maker

décision de l'agent disparaît, et il n'est laissé qu'avec sa conclusion que la résidence permanente devrait être accordée au demandeur sur la base de son établissement au Canada.

2) L'objet de la loi

[59] Le défendeur soutient que l'article 15 du RIPR a force de mettre fin à tout débat sur l'application de l'arrêt *Ezokola* en ce qui concerne la chose jugée dans le contexte d'une demande CH. Je ne suis pas d'accord. L'objet d'une demande CH, tel que prévu à la version antérieure de l'article 25 de la LIPR, qui prime sur le RIPR, est de déterminer si le statut de résident permanent doit être octroyé au demandeur sur la base des considérations d'ordre humanitaire en dépit de son interdiction de territoire. Si l'on accepte l'argumentation du défendeur, les modifications à l'article 25 qui ont été apportées par le projet de loi C-43 [*Loi accélérant le renvoi de criminels étrangers*, L.C. 2013, ch. 16] n'auraient pas été nécessaires pour empêcher les personnes interdites de territoire de se prévaloir des considérations d'ordre humanitaire.

[60] Dans l'arrêt *Penner*, la Cour suprême a mentionné au paragraphe 62 que le risque de compromettre l'objet du régime administratif par l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est une considération importante. Si la conclusion qu'une personne a été déclarée interdite de territoire prime sur les considérations d'ordre humanitaire, l'objet du régime administratif d'une demande pour considérations d'ordre humanitaire risque d'être compromis. Par conséquent, l'ancienne version de l'article 25 de la LIPR indique clairement que l'interdiction de territoire ne devrait pas être considérée comme un obstacle déterminant, mais constitue plutôt un facteur à soulever.

3) L'existence d'un droit d'appel

4) Les garanties offertes aux parties dans le cadre de l'instance administrative

5) L'expertise du décideur administratif

[61] The fact that the guiding principles that led the RPD to find the applicant inadmissible were later deemed as not complying with principles of international and criminal law means that the availability of an appeal, the expertise of the panel and the safeguards available have no relevance here.

(6) The circumstances giving rise to the prior administrative proceedings

[62] The respondent submits that the fact that, through his H&C application, the applicant is seeking a special benefit under an exceptional scheme implies that the Court should not exercise its discretion not to apply issue estoppel. In my view, this argument is not relevant to the analysis of the circumstances that gave rise to the original administrative proceeding, namely, the proceeding before the RPD. The exceptional nature of an H&C application is irrelevant when, such as in this case, the initial decision is ill-founded.

[63] Under this heading, I also reject the argument that the fact that the H&C application being challenged in this judicial review is not the first H&C application weighs against the applicant. *Ezokola* had not yet been rendered when the first H&C application was made.

(7) The potential injustice

[64] In *Danyluk*, the Supreme Court notes at paragraph 80 that the potential injustice is the most important factor and that the Court should therefore “stand back and, taking into account the entirety of the circumstances, consider whether application of issue estoppel in the particular case would work an injustice.”

[65] The respondent submits that there are three reasons why issue estoppel ought to apply. First, the officer had already considered the applicant’s degree of involvement in the acts committed by the Tunisian secret police by referring to the notes of the RPD officer and the panel’s record.

[61] Le fait que les principes directeurs qui ont mené la SPR à déclarer le demandeur interdit de territoire ont été subséquemment jugés non conformes aux principes de droit international et de droit pénal dénote que le droit d’appel, l’expertise du tribunal et les garanties offertes sont des critères sans pertinence.

6) Les circonstances ayant donné naissance à l’instance administrative initiale

[62] Le défendeur soutient que le fait que par sa demande CH, le demandeur recherche un privilège dans le cadre d’un régime exceptionnel, implique que la Cour ne doit pas exercer sa discrétion de ne pas appliquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Il me semble que cette argumentation n’est pas pertinente dans le cadre de l’analyse des circonstances ayant donné naissance à l’instance administrative initiale, c’est-à-dire l’instance de la SPR. La nature exceptionnelle d’une demande CH n’a pas de pertinence lorsque, tel qu’en l’espèce, la décision de première instance est mal fondée.

[63] Sous cette rubrique, je rejette également l’argument selon lequel le fait que la demande CH attaquée dans le cadre du présent contrôle judiciaire ne constitue pas la première demande CH milite en défaveur du demandeur. L’arrêt *Ezokola* n’avait pas encore été rendu au moment où la première décision CH a été prise.

7) Le risque d’injustice

[64] La Cour Suprême dans l’arrêt *Danyluk* a constaté au paragraphe 80 que le risque d’injustice est le facteur le plus important et que la Cour devrait donc « prendre un certain recul et, eu égard à l’ensemble des circonstances, se demander si, dans l’affaire dont elle est saisie, l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée entraînerait une injustice ».

[65] Le défendeur soutient qu’il y a trois raisons pour lesquelles il ne serait pas injuste d’appliquer la préclusion. Tout d’abord, il souligne que l’agent a déjà pris en compte le niveau d’implication du demandeur dans les actes commis par la police secrète tunisienne en faisant référence aux notes de l’agent de la SPR et au dossier du tribunal.

[66] This argument has no merit in that it fails to consider the fact that the only thing that was preventing the H&C application from being allowed seems to have been the RPD's conclusion on the applicant's inadmissibility in comity with international law. There are no half measures in a decision making a crime against humanity finding. In *Ezokola*, the Supreme Court held that, when determining whether a refugee protection claimant participated in crimes against humanity, the RPD must analyse whether the claimant's contribution to the crime or criminal purpose was voluntary, knowing and significant. These requirements were not known and therefore not considered by any officer before *Ezokola*, which was rendered in July 2013. Furthermore, the reference to the PRRA officer's notes which imply that the applicant had ties to the Tunisian administration is irrelevant and does not support the RPD's conclusion intending to establish that he committed crimes against humanity thus making him inadmissible: this reasoning was rejected in *Ezokola*.

[67] Second, the respondent submits that the applicant failed to establish the injustice entailed in the operation of issue estoppel. It refers to this Court's recent decision in *Khapar v. Air Canada*, 2014 FC 138 (*Khapar*), at paragraph 11:

While *Penner* may encourage the Courts to take a more liberal view of what constitutes unfairness in exercising its discretion to not apply issue estoppel, it does not overthrow the principle that finality in proceedings remains an important objective for the administration of justice. To justify the exercise of discretion to relieve against issue estoppel and other related common law doctrines, an applicant cannot merely assert or speculate about unfairness without any evidence and without any attempt to provide evidence which would support such assertions. [Emphasis added.]

[68] In addition to confirming the more liberal approach represented by *Penner*, in *Khapar*, the Court emphasizes the importance of demonstrating unfairness. In my opinion, *Ezokola* fully addresses this concern.

[66] Cette argumentation n'est pas bien fondée en ce qu'elle omet de prendre en compte le fait que la seule chose qui empêchait que la demande CH soit accueillie semble avoir été la conclusion de la SPR quant à l'interdiction de territoire du demandeur dans l'application de l'adhésion déférente au droit international. Par ailleurs, il n'y a pas de demi-mesure dans le contexte d'une décision constatant un crime contre l'humanité. Dans l'arrêt *Ezokola*, la Cour suprême a déterminé que, dans le contexte de la détermination de la participation d'un demandeur d'asile dans des crimes contre l'humanité, la SPR doit mener une analyse du caractère volontaire, conscient et significatif de la contribution du demandeur aux crimes ou au dessein criminel. Ces exigences n'étaient pas connues et donc non considérées par tout agent avant l'arrêt *Ezokola* qui a été rendue en juillet 2013. De plus, la référence aux notes de l'agent de l'ERAR suggérant implicitement que le demandeur avait des liens avec l'administration tunisienne n'est pas pertinente et ne permet pas d'appuyer la conclusion de la SPR tentant d'établir qu'il a commis des crimes contre l'humanité comme fondement de son interdiction de territoire, ce raisonnement ayant été infirmé dans l'arrêt *Ezokola*.

[67] Deuxièmement, le défendeur soutient que le demandeur n'a pas réussi à démontrer l'injustice qu'implique l'application de la préclusion. Il réfère à la décision récente de cette Cour dans *Khapar c. Air Canada*, 2014 CF 138 (*Khapar*), au paragraphe 11 :

Bien que l'arrêt *Penner* puisse inciter les tribunaux à interpréter de façon plus libérale la notion d'iniquité lorsqu'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire en refusant d'appliquer la règle de l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige, il n'en demeure pas moins que le principe du caractère définitif des décisions constitue toujours un objectif important pour l'administration de la justice. Pour justifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire de manière à écarter l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige ou d'autres doctrines connexes de common law, le demandeur ne peut se contenter d'affirmer ou de supposer qu'il y a eu iniquité sans chercher à fournir d'éléments de preuve à l'appui de ses arguments. [Je souligne.]

[68] En plus de confirmer l'approche plus libérale représentée par l'arrêt *Penner*, la Cour a affirmé dans la décision *Khapar* l'importance que l'injustice soit démontrée. À mon avis, l'arrêt *Ezokola* fournit une

The conclusion that the applicant committed crimes against humanity, which has very harmful consequences for him, and which was based on an analysis that does not meet the requirements of fundamental justice, is sufficient to establish injustice. Moreover, I find that the Supreme Court's decisions in *Penner* and *Ezokola* support changes in the law that put fairness before finality and feasibility when these principles come into conflict.

[69] Regarding the finality of decisions with respect to underlying policies, I believe that the goal of this principle is to preserve the integrity of our legal system. We do not want to have to bring defendants to justice twice on the same issue, but that is not the issue here. Similarly, it is desirable for the outcome of a dispute to be clear: this is clearly an important concern in the area of immigration and refugee protection law, where claimants have many ways of obtaining permanent residence and where there is a real possibility of abuse. This concern is implied in the respondent's arguments in the matter at bar, where the Court hears the application of someone who, with the passing of time, has been able to properly establish himself in Canada, when he could have returned to Tunisia 10 years ago.

[70] Normally, this would be an important argument with merit. However, in the matter at bar, the situation is anomalous. In fact, I expect to see few similar cases where *Ezokola* will affect previous decisions. Moreover, the fact that the applicant has exceeded the time limit for his right to stay in Canada is mitigated by the unfairness of the RPD's decision, without which he probably would have been able to become a permanent resident and remain in Canada.

[71] Third, the respondent suggests that the officer already noted that the applicant would not suffer any harm if he was removed to Tunisia. The only relevant harm under subsection 25(1.3) of the IRPA relates to "the hardships that affect the foreign national." A return to Tunisia on the ground of an inadmissibility finding

réponse complète à cette préoccupation. La conclusion que le demandeur a commis des crimes contre l'humanité, ce qui a des conséquences préjudiciables très importantes pour ce dernier, et qui a été fondée sur une analyse qui ne remplit pas les exigences de la justice fondamentale, est suffisante pour démontrer l'injustice. De plus, j'estime que les arrêts de la Cour suprême *Penner* et *Ezokola* soutiennent une évolution du droit qui favorise l'équité au-delà de la finalité ou la faisabilité, lorsque ces principes s'affrontent.

[69] En ce qui concerne le maintien du caractère définitif des décisions au niveau des politiques sous-jacentes, je pense que l'objectif de ce principe est de préserver l'intégrité de notre régime juridique. Nous ne voudrions pas que les défendeurs soient entraînés en justice une seconde fois sur la même question; mais ce n'est pas un problème ici. De même, il est désirable que la fin d'un litige soit claire, une préoccupation qui est certainement importante dans le domaine du droit de l'immigration et de la protection des réfugiés, où il y a une multitude de voies ouvertes aux demandeurs pour obtenir la résidence permanente, et où la possibilité d'abus est réelle. Une telle préoccupation est implicite dans les arguments du défendeur dans le présent contexte, où la Cour est saisie d'une demande d'un demandeur qui, par l'écoulement du temps, a pu bien s'établir au Canada, quand il aurait pu rentrer en Tunisie il y a une décennie.

[70] Normalement, un tel argument serait important et bien fondé. Cependant, en l'espèce nous sommes confrontés à une situation anormale. En effet, je m'attends à peu de cas similaires où l'arrêt *Ezokola* aura un impact sur des décisions antérieures. Par ailleurs, en ce qui concerne le fait que le demandeur a excédé la limite temporelle de son droit de rester au Canada, cela est mitigé par l'injustice de la décision de la SPR, sans laquelle il aurait probablement pu devenir résident permanent et rester au Canada.

[71] Troisièmement, le défendeur avance que l'agent a déjà constaté que le demandeur ne subirait pas de préjudice s'il est renvoyé en Tunisie. Le seul préjudice pertinent sous le paragraphe 25(1.3) de la LIPR est relatif aux « difficultés auxquelles l'étranger fait face ». Un retour en Tunisie sur la base d'une interdiction de

made on the basis of reasoning that is contrary to fundamental criminal and international law requirements would cause hardship that is “unusual” (not provided or addressed by the IRPA or the IRPR); “undeserved” (caused by circumstances beyond the applicant’s control); and “disproportionate” (having an unreasonable impact on the applicant because of his or her personal situation, preventing the applicant from being exempted from statutory obligations in order for his application for permanent residence to be processed in Canada) (see *Kanthisamy*).

[72] Lastly, regarding the potential injustice, I note that the applicant referred to the recent decision in *Joseph v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 1101 (*Joseph*), where Justice O’Reilly was faced with an application for *mandamus* following the RPD’s decision. In that case, the applicant had not filed for judicial review of the RPD’s decision. On the contrary, the applicant had requested a PRRA immediately. When the PRRA was delayed, the applicant applied for an order of *mandamus* to force the PRRA officer to proceed.

[73] Justice O’Reilly examined the evidence that was before the RPD when the officer decided that the applicant was inadmissible because she was “a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in” terrorism under paragraph 34(1)(f) of the IRPA. In light of these facts, Justice O’Reilly had the following to say at paragraphs 13 to 15 of the decision:

However, I must also note that, after the ID’s decision on her inadmissibility, the Supreme Court of Canada rendered its decision in *Ezokola v Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40. There, the Court emphasized that individuals should not be held responsible for crimes committed by a particular group just because they are associated with that group, or acquiesced to its objectives (at para 68).

In my view, while *Ezokola* dealt with the issue of exclusion from refugee protection, the Court’s concern that individuals should not be found complicit in wrongful conduct based merely on their association with a group engaged in international crimes logically extends to the issue of inadmissibility.

territoire fondé sur un raisonnement qui est contraire aux exigences fondamentales du droit pénal et international causerait une difficulté : « inhabituelle » (non prévue ou adressée par la LIPR ou le RIPR); « injustifiée » (causée par des circonstances indépendantes de la volonté du demandeur); et « excessive » (ayant un impact déraisonnable sur le demandeur en raison de sa situation personnelle, l’empêchant d’être exempté des obligations législatives afin que sa demande de résidence permanente soit traitée au Canada) (voir *Kanthisamy*).

[72] Finalement, en ce qui concerne le risque d’injustice, je constate que le demandeur a référé à la décision récente *Joseph c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 1101 (*Joseph*) où le juge O’Reilly a été confronté par une demande de *mandamus* suite à une décision de la SPR. Dans ce cas, la demanderesse n’avait pas déposé de demande de contrôle judiciaire à l’encontre de la décision de la SPR. Au contraire, la demanderesse avait immédiatement demandé une évaluation des risques avant renvoi (ERAR). Lorsque l’ERAR a été retardée, la demanderesse a déposé une demande de *mandamus* afin d’obliger l’agent d’ERAR à procéder.

[73] Le juge O’Reilly a examiné la preuve qui était devant la SPR lorsque l’agent a décidé que la demanderesse était interdite de territoire parce qu’elle était « membre d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle est, a été, ou sera l’auteur d’un acte » de terrorisme en vertu de l’alinéa 34(1)f) de la LIPR. Face à ces faits, le juge O’Reilly a déclaré ce qui suit aux paragraphes 13 à 15 de la décision :

Cependant, je dois aussi souligner que, après la décision de la SI relativement à son interdiction de territoire de M<sup>me</sup> Joseph, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision concernant *Ezokola c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40. Dans sa décision, la Cour a souligné qu’une personne n’est pas tenue responsable du crime commis par un groupe seulement parce qu’elle est associée à ce groupe ou qu’elle a acquiescé à son dessein (au paragraphe 68).

À mon avis, même si *Ezokola* porte sur le refus d’accorder l’asile, la préoccupation de la Cour voulant qu’une personne ne devrait pas être considérée comme complice de méfait du simple fait qu’elle est associée à un groupe qui commet des crimes internationaux, logiquement, s’applique à l’interdiction

At a minimum, to exclude a person from refugee protection there must be proof that the person knowingly or recklessly contributed in a significant way to the group's crimes or criminal purposes (at para 68). Similarly, it seems to me that to find a person inadmissible to Canada based on his or her association with a particular terrorist group, there must be evidence that the person had more than indirect contact with that group.

In light of *Ezokola*, it seems highly unlikely that Ms Joseph could now be found inadmissible to Canada based on membership in a terrorist group. *Ezokola* teaches us to be wary of extending rules of complicity too far. To my mind, that includes the definition of "membership" in a terrorist group. I doubt the ID, based on *Ezokola*, would now conclude that Ms Joseph was a "member" of the LTTE.

[74] There is no indication that issue estoppel was raised or considered in *Joseph* and, consequently, this decision cannot be cited in support of this principle. For the purposes of this case, *Joseph* is important inasmuch as it represents a proceeding where a respected judge of this Court expressed the opinion that decisions dealing with refugee protection claimants' inadmissibility that are not in line with and that predate *Ezokola* have little weight when inadmissibility is raised in a later refugee determination proceeding.

## VII. Conclusion

[75] The circumstances of this case require a nuanced decision. It is impossible to disregard the power of section 15 of the IRPR, which results in the RPD's decision on the applicant's inadmissibility being final. The officer could not ignore this conclusion.

[76] However, the previous version of subsection 25(1) of the IRPA clearly created a legitimate and reasonable expectation that humanitarian and compassionate considerations might apply even in the face of inadmissibility. Consequently, it was necessary to weigh

de territoire. À tout le moins, pour refuser l'asile à une personne, il faut des preuves que cette personne a sciemment ou par insouciance contribué de façon importante aux crimes ou aux desseins criminels (au paragraphe 68). De la même façon, il me semble que pour prononcer l'interdiction de territoire au Canada d'une personne à cause de son association avec un groupe terroriste donné, il faut des preuves que cette personne a eu davantage que des contacts indirects avec le groupe en question.

À la lumière d'*Ezokola*, il semble très improbable que M<sup>me</sup> Joseph serait maintenant considérée comme interdite de territoire au Canada à cause de son appartenance à un groupe terroriste. *Ezokola* nous incite à éviter de pousser trop loin les règles relatives à la complicité. À mon avis, cela comprend la définition d'« appartenance » à un groupe terroriste. Je doute que la SI, selon *Ezokola*, conclurait maintenant que M<sup>me</sup> Joseph était « membre » des TLET.

[74] Il n'y a aucune indication que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a été soulevée ou considérée dans la décision *Joseph* et donc, cette décision ne peut être citée en appui à ce principe. Pour les fins de ce litige, la décision *Joseph* est importante dans la mesure où elle constitue une instance où un juge respecté de cette Cour a exprimé l'avis voulant que les décisions portant sur l'interdiction de territoire d'un demandeur d'asile qui ne vont pas dans le même sens que l'arrêt *Ezokola* et qui y sont antérieures, ont un poids mitigé lorsque la question de l'interdiction de territoire est soulevée dans un processus ultérieur sur la détermination du statut de réfugié.

## VII. Conclusion

[75] Les circonstances de cette affaire exigent une décision nuancée. Il n'est pas possible d'écarter la force de l'article 15 du RIPR, qui fait que la décision de la SPR quant à l'interdiction de territoire du demandeur a force de chose jugée. L'agent ne pouvait pas ignorer cette conclusion.

[76] Toutefois, la version antérieure du paragraphe 25(1) de la LIPR créait clairement une attente légitime et raisonnable que les motifs humanitaires s'appliqueraient même face à une interdiction de territoire. Par conséquent, il fallait soupeser les implications



the implications of inadmissibility against the other relevant factors, namely, the humanitarian and compassionate considerations.

[77] I share Justice O'Reilly's opinion that the applicant would no longer be found inadmissible according to the reasoning in *Ezokola*. I also note that the officer formulated his decision in such a manner that, if the applicant had not been found inadmissible, his application would probably have been granted.

[78] The decision in *Penner* implies that, when issue estoppel applies, the Court, in the interests of justice, reserves some discretion in interpreting a current statutory provision. The Court may therefore set aside a tribunal's decision on the grounds of humanitarian and compassionate considerations in order to allow a reassessment of the applicant's situation in light of current legal tenets of fairness and justice that were unknown at the time the tribunal made its decision.

[79] I am satisfied that if *Ezokola* had been before the officer, the officer would not have been able to state [TRANSLATION] "that [Mr. Hamida's] inadmissibility is serious and reflects Canada's international commitments" and describe it as a decisive factor in his decision. He would have recognized that the principles underlying the RPD's decision violated Canada's actual international commitments towards refugee protection claimants.

[80] For this reason, I allow the application. I refer the matter back to the same officer who rejected the applicant's H&C application. I see no reason why he cannot reassess the applicant's application given that he has already fully reviewed the file. However, I refer it back to the officer with the direction that he must exercise his discretion in consideration of *Ezokola* when assessing the humanitarian and compassionate considerations.

#### VIII. Certified question

[81] The parties submitted that no question should be certified given that no issues of broad significance or general application are raised. I agree.

d'une interdiction de territoire contre les autres éléments pertinents, soit les considérations d'ordre humanitaire.

[77] Je partage l'avis du juge O'Reilly que le demandeur ne serait plus sujet à une interdiction de territoire selon le raisonnement de l'arrêt *Ezokola*. Je constate aussi que l'agent a formulé sa décision telle que, sans l'interdiction de territoire du demandeur, sa demande aurait probablement été accordée.

[78] L'arrêt *Penner* implique que, lors de l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, la Cour maintient un pouvoir discrétionnaire dans l'interprétation d'une disposition législative actuelle, et ce, dans l'intérêt de la justice. La Cour peut donc infirmer la décision d'un tribunal sur la base des motifs humanitaires, afin de permettre une évaluation de la situation d'un demandeur en lumière des préceptes juridiques actuels de l'équité et de la justice qui étaient inconnus au moment où le tribunal a pris sa décision.

[79] À cet égard, je suis convaincu que si l'arrêt *Ezokola* avait été devant l'agent, celui-ci n'aurait pas pu déclarer « que l'interdiction de territoire de [M. Hamida] est de nature sérieuse qui implique les engagements du Canada à l'échelle internationale » comme facteur déterminant dans sa décision. Il aurait reconnu que les principes sous-jacents de la décision de la SPR violaient les véritables engagements internationaux du Canada envers les demandeurs d'asile.

[80] Pour cette raison, j'accueille la demande. Je renvoie le dossier devant le même agent qui a rejeté la demande CH du demandeur. Je ne trouve aucune raison qu'il ne puisse réévaluer la demande du demandeur vu qu'il a déjà étudié le dossier à fond. Cependant, je le renvoie avec la directive que l'agent doit exercer son pouvoir discrétionnaire en tenant compte de l'arrêt *Ezokola* dans son évaluation des considérations d'ordre humanitaire.

#### VIII. Question certifiée

[81] Les parties ont soumis qu'aucune question ne devrait être certifiée vu qu'il n'y a pas de questions ayant des conséquences importantes ou de portée générale. Je suis d'accord.

[82] In light of Bill C-43, applications for permanent residence for humanitarian and compassionate considerations may no longer be submitted by claimants who were previously found inadmissible under sections 34 to 36 of the IRPA. However, Bill C-43 allows the continued processing of applications made under the previous legislation in the case of applications on which no decision had been made when the amendments to subsection 25(1) came into effect. This type of application will therefore be of very limited significance in the future.

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. The application is allowed;
2. The matter is referred back to the same officer who heard the H&C application originally with the direction that he must exercise his discretion in consideration of *Ezokola* when assessing the humanitarian and compassionate considerations; and
3. There is no question to be certified.

[82] Il faut constater qu'à la lumière du projet de loi C-43, les demandes de résidence permanente pour considérations d'ordre humanitaire ne peuvent plus être déposées par des demandeurs qui ont été auparavant déclarés interdit de territoire en vertu des articles 34 à 36 de la LIPR. Cependant, le projet de loi C-43 permet la poursuite du traitement des demandes de résidence permanente en vertu de la législation précédente dans le cas d'une demande pour laquelle aucune décision n'a été prise lors de l'entrée en vigueur des modifications au paragraphe 25(1). Ce type de demande aura donc une incidence très limitée à l'avenir.

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. La demande est accueillie;
2. La matière est retournée devant le même agent qui a entendu la demande CH en première instance avec la directive qu'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire en tenant compte de l'arrêt *Ezokola* dans son évaluation des considérations d'ordre humanitaire; et
3. Il n'y a aucune question certifiée.

A-273-13  
2014 FCA 245

A-273-13  
2014 CAF 245

**Forest Ethics Advocacy Association and Donna Sinclair** (*Applicants*)

**Forest Ethics Advocacy Association et Donna Sinclair** (*demandereses*)

v.

c.

**The National Energy Board, the Attorney General of Canada and Enbridge Pipelines Inc.** (*Respondents*)

**L'Office national de l'énergie, le procureur général du Canada et Enbridge Pipelines Inc.** (*défendeurs*)

and

et

**Council of Canadians – Thunder Bay Chapter** (*Intervener*)

**Le Conseil des Canadiens – Section de Thunder Bay** (*Intervenant*)

**INDEXED AS: FOREST ETHICS ADVOCACY ASSOCIATION v. CANADA (NATIONAL ENERGY BOARD)**

**RÉPERTORIÉ : FOREST ETHICS ADVOCACY ASSOCIATION c. CANADA (OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE)**

Federal Court of Appeal, Trudel, Stratas and Near J.J.A.—Toronto, October 27; Ottawa, October 31, 2014.

Cour d'appel fédérale, juges Trudel, Stratas et Near, J.C.A.—Toronto, 27 octobre; Ottawa, 31 octobre 2014.

*Energy — Judicial review of interlocutory decisions by National Energy Board wherein Board devised process to determine who could participate in larger proceeding, ruled that certain issues were irrelevant, denied applicant Donna Sinclair participation in larger proceeding — Board exercising discretion concerning participation rights under National Energy Board Act, s. 55.2 by having participants to larger proceeding provide information in Application to Participate Form — Applicants submitting Board's decision to remove certain issues from table unreasonable, violating Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter), s. 2(b); Act, s. 55.2 offending freedom of expression under Charter; applicant unconstitutionally prevented from expressing herself — Whether applicants barred from seeking Charter relief — Whether Board's decisions unreasonable — Applicants barred from seeking Charter relief as Charter issue not raised before Board — Board's decisions reasonable — Removing issues deemed irrelevant within range of acceptability, defensibility — Board entitled to significant margin of appreciation regarding process, use of Application to Participate Form — S. 55.2 enacted to make Board hearings fair, focused, efficient — Application to Participate Form commensurate with requirement for persons not directly affected to show they have relevant information or expertise — Board decision denying applicant Sinclair participation within ken of Board, deserving of significant margin of appreciation — Application dismissed.*

*Énergie — Contrôle judiciaire de décisions interlocutoires de l'Office national de l'énergie dans le cadre desquelles ce dernier a élaboré un processus pour déterminer qui pourrait participer à l'instance générale, a jugé que certaines questions étaient non pertinentes et ne seraient pas examinées dans le cadre de l'instance générale, et a refusé à la demanderesse Donna Sinclair le droit de participer à l'instance générale — L'Office a exercé son pouvoir discrétionnaire concernant les droits de participation en vertu de l'art. 55.2 de la Loi sur l'Office national de l'énergie en demandant aux participants à l'instance générale de fournir des renseignements dans un formulaire de demande de participation — Les demandereses ont soutenu que la décision de l'Office de retirer certaines questions de l'ordre du jour était déraisonnable et violait l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés (la Charte), que l'art. 55.2 de la Loi porte atteinte à la garantie de liberté d'expression prévue par la Charte, et qu'il était inconstitutionnel d'empêcher la demanderesse de s'exprimer — Il s'agissait de déterminer s'il était interdit aux demandereses de demander une réparation en vertu de la Charte — Il s'agissait de déterminer si les décisions de l'Office étaient déraisonnables — Il était interdit aux demandereses de demander une réparation en vertu de la Charte au motif qu'elles n'avaient pas invoqué la Charte devant l'Office — Les décisions de l'Office étaient raisonnables — La décision de retirer certaines questions jugées non pertinentes parvenait à un résultat qui appartient à la gamme des issues acceptables et justifiables — En ce qui concerne sa décision concernant le processus et l'utilisation du formulaire de demande de participation, l'Office avait droit à une marge d'appréciation*

*Administrative Law — Practice — National Energy Board devising process to determine who could participate in larger proceeding, ruling that certain issues irrelevant, not to be considered in larger proceeding, denying applicant Donna Sinclair participation in larger proceeding — Board exercising discretion concerning participation rights under National Energy Board Act, s. 55.2 by having participants to larger proceeding provide information in Application to Participate Form — Applicants submitting Board's decision to remove certain issues from table unreasonable, violating Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter), s. 2(b); Act, s. 55.2 offending freedom of expression under Charter; applicant unconstitutionally prevented from expressing herself — Whether applicants barred from seeking Charter relief — Applicants barred from seeking Charter relief as Charter issue not raised before Board — Placing constitutional issues before Board at first instance respecting fundamental difference between administrative decision maker, reviewing court — Parliament assigning responsibility of determining merits of factual, legal issues to Board — Bypassing administrative decision makers in constitutional matters most serious — Constitutional issues only decided on basis of full, rich factual record — In context of important regulatory sector at issue herein, record neither full nor rich if insights of regulator missing — Such principles endorsed by Supreme Court of Canada in Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board; Casimir v. Quebec (Attorney General); Zorrilla v. Quebec (Attorney General) (Okwuobi) — Okwuobi unaffected by Supreme Court decision in Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association.*

*Practice — Parties — Standing — National Energy Board devising process to determine who could participate in larger proceeding, ruling that certain issues irrelevant, not to be*

*importante — L'art. 55.2 a été adopté afin de rendre les audiences de l'Office plus équitables, mais aussi plus efficaces et recentrées — Le formulaire de demande de participation est à la mesure de l'exigence selon laquelle les personnes qui ne sont pas directement touchées doivent démontrer qu'elles possèdent des renseignements pertinents ou une expertise appropriée — L'Office méritait qu'on lui laisse une marge de manœuvre importante pour refuser à la demanderesse Sinclair le droit de participer à l'instance générale — Demande rejetée.*

*Droit administratif — Pratique — L'Office national de l'énergie a élaboré un processus pour déterminer qui pourrait participer à l'instance générale, a jugé que certaines questions étaient non pertinentes et ne seraient pas examinées dans le cadre de l'instance générale, et a refusé à la demanderesse Donna Sinclair le droit de participer à l'instance générale — L'Office a exercé son pouvoir discrétionnaire concernant les droits de participation en vertu de l'art. 55.2 de la Loi sur l'Office national de l'énergie en demandant aux participants à l'instance générale de fournir des renseignements dans un formulaire de demande de participation — Les demanderesses ont soutenu que la décision de l'Office de retirer certaines questions de l'ordre du jour était déraisonnable et violait l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés (la Charte), que l'art. 55.2 de la Loi porte atteinte à la garantie de liberté d'expression prévue par la Charte, et qu'il était inconstitutionnel d'empêcher la demanderesse de s'exprimer — Il s'agissait de déterminer s'il était interdit aux demanderesses de demander une réparation en vertu de la Charte — Il était interdit aux demanderesses de demander une réparation en vertu de la Charte au motif qu'elles n'avaient pas invoqué la Charte devant l'Office — La démarche consistant à saisir l'Office des questions constitutionnelles en première instance respecte la différence fondamentale entre un décideur administratif et une cour de révision — Le Parlement a confié à l'Office la responsabilité de statuer sur le fond de questions factuelles et juridiques — Le fait de court-circuiter les décideurs administratifs relativement à des questions constitutionnelles est très grave — Les questions constitutionnelles devraient uniquement être tranchées sur le fondement d'un dossier factuel riche et complet — Dans le contexte d'un secteur réglementaire important comme celui en cause en l'espèce, un dossier n'est ni complet ni riche s'il y manque les éclairages de l'organisme de réglementation — La Cour suprême a fortement approuvé ces principes dans Okwuobi c. Commission scolaire Lester B. Pearson; Casimir c. Québec (Procureur général); Zorrilla c. Québec (Procureur général) (Okwuobi) — L'arrêt Okwuobi n'est pas touché par la décision rendue par la Cour suprême dans Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association.*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — L'Office national de l'énergie a élaboré un processus pour déterminer qui pourrait participer à l'instance générale, a jugé que certaines*

*considered in larger proceeding, denying applicant Donna Sinclair participation in larger proceeding — Applicant Forest Ethics not directly affected by decisions, having no direct standing to bring application — Not present state of law to allow any organization to bring application for judicial review against any decision anywhere, pre-empting others with direct, vital interests in matter.*

This was an application for judicial review of three interlocutory decisions of the National Energy Board (Board) whereby it had devised a process to determine who could participate in the larger proceeding, ruled that certain issues were irrelevant and would not be considered in the larger proceeding, and denied the applicant Donna Sinclair participation in the larger proceeding.

In the larger proceeding, the respondent Enbridge Pipelines Inc. asked the Board for approval and certain relief concerning a pipeline project. Parties who wished to participate needed to provide information in an Application to Participate Form. The Board considered this information necessary for the exercise of its discretion concerning participation rights under section 55.2 of the *National Energy Board Act* (the Act). The applicants submitted, *inter alia*, that the Board's decision to remove certain issues from the table, such as the environmental and socio-economic effects of the project, was unreasonable and violated the applicants' freedom of expression protected by paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter); that section 55.2 of the Act offends the guarantee of freedom of expression in the Charter; and that the Board failed to take into account the constitutional value of freedom of expression and unconstitutionally prevented the applicant Sinclair from expressing herself.

At issue was whether the applicants were barred from seeking Charter relief because they did not raise the Charter before the Board, and whether the Board's decisions were unreasonable.

*Held*, the application should be dismissed.

The applicants were barred from seeking Charter relief. The applicant Forest Ethics was not "directly affected" by the Board's decisions pursuant to subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act*. Therefore, Forest Ethics did not have direct standing to bring an application for judicial review and invoke the Charter against the Board's decisions. It fell well short of establishing that it satisfied the criteria for public

*questions étaient non pertinentes et ne seraient pas examinées dans le cadre de l'instance générale, et a refusé à la demanderesse Donna Sinclair le droit de participer à l'instance générale — La demanderesse Forest Ethics n'était pas directement touchée par les décisions et n'avait pas d'intérêt direct à déposer une demande — Le droit actuel ne prévoit pas que n'importe quel organisme peut déposer à tout moment une demande de contrôle judiciaire contre toutes sortes de décisions, damant ainsi le pion à ceux qui pourraient avoir un intérêt direct et vital dans l'affaire.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de trois décisions interlocutoires de l'Office national de l'énergie (l'Office) dans le cadre desquelles ce dernier a élaboré un processus pour déterminer qui pourrait participer à l'instance générale, a jugé que certaines questions étaient non pertinentes et ne seraient pas examinées dans le cadre de l'instance générale, et a refusé à la demanderesse Donna Sinclair le droit de participer à l'instance générale.

Dans l'instance générale, la défenderesse Enbridge Pipelines Inc. a demandé à l'Office d'approuver un projet de pipeline et de lui accorder certaines mesures de réparation en rapport avec ce projet. Les parties qui souhaitaient participer à l'instance générale devaient fournir des renseignements sur un formulaire de demande de participation. L'Office estimait que ces renseignements étaient nécessaires pour l'exercice de son pouvoir discrétionnaire concernant les droits de participation en vertu de l'article 55.2 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* (la Loi). Les demanderesse ont soutenu, entre autres, que la décision de l'Office de retirer certaines questions de l'ordre du jour, notamment les effets environnementaux et socioéconomiques du projet, était déraisonnable et violait la liberté d'expression des demanderesse protégée par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte), que l'article 55.2 de la Loi porte atteinte à la garantie de liberté d'expression prévue par la Charte, et que l'Office a omis de tenir compte de la valeur constitutionnelle de la liberté d'expression et a empêché la demanderesse Sinclair de s'exprimer.

Il s'agissait de déterminer s'il était interdit aux demanderesse de demander une réparation en vertu de la Charte au motif qu'elles n'avaient pas invoqué la Charte devant l'Office et si les décisions de l'Office étaient déraisonnables.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

Il était interdit aux demanderesse de demander une réparation en vertu de la Charte. La demanderesse Forest Ethics n'était pas « directement touchée » par les décisions de l'Office aux termes du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Par conséquent, Forest Ethics n'avait pas d'intérêt direct à déposer une demande de contrôle judiciaire et à invoquer la Charte contre les décisions de l'Office. Elle n'a pas



interest standing. If Forest Ethics were allowed to bring an application for judicial review, it and similar organizations would be able to bring an application for judicial review against any sort of decision anywhere at any time, preempting those who might later have a direct and vital interest in the matter. That is not the state of the law. The applicants' failure to raise the Charter issue before the Board prevented them from raising it for the first time on judicial review herein. The applicants could have raised the Charter guarantee of freedom of expression by bringing motions before the Board after receiving its decision under section 55.2 of the Act denying the applicant Sinclair participation in the larger proceeding. The approach of placing the constitutional issues before the Board at first instance respects the fundamental difference between an administrative decision maker and a reviewing court: here, the Board and the Court. Parliament has assigned the responsibility of determining the merits of factual and legal issues—including the merits of constitutional issues—to the Board, not the Court. Evidentiary records are built before the Board, not the Court. As a general rule, the Court is restricted to reviewing the Board's decisions through the lens of the standard of review using the evidentiary record developed before the Board and passed to it. If administrative decision makers could be bypassed on issues such as this, their appreciations, insights and understandings would never be placed before the reviewing court. In constitutional matters, this is most serious. Constitutional issues should only be decided on the basis of a full, rich factual record. Within an important regulatory sector such as this, a record is neither full nor rich if the insights of the regulator are missing. The need to place constitutional issues first before an administrative decision maker who can hear them was strongly endorsed by the Supreme Court in *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*; *Casimir v. Quebec (Attorney General)*; *Zorrilla v. Quebec (Attorney General)* (*Okwuobi*). There was some question as to whether the Supreme Court's decision in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association* (*Alberta Teachers*) applies to constitutional issues that were not raised before an administrative decision maker that had the power to consider them. *Alberta Teachers* does not refer to *Okwuobi* at all, nor does it speak even once about constitutional issues. *Okwuobi* remains unaffected by *Alberta Teachers*.

The Board's three decisions were reasonable. The decision that certain issues were irrelevant was reasonable in that it reached an outcome within a range of acceptability and

réussi à démontrer qu'elle satisfaisait aux critères de la qualité pour agir dans l'intérêt public. Si Forest Ethics était autorisée à présenter une demande de contrôle judiciaire dans les présentes circonstances, elle et d'autres organismes similaires pourraient déposer à tout moment une demande de contrôle judiciaire contre toutes sortes de décisions, damant ainsi le pion à ceux qui pourraient avoir plus tard un intérêt direct et vital dans l'affaire. Or, ce n'est pas ce que prévoit notre droit. En l'espèce, le défaut par les demanderesse de soulever la question relative à la Charte devant l'Office les a empêchées de soulever pour la première fois la question dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Les demanderesse auraient pu invoquer la liberté d'expression garantie par la Charte en présentant des requêtes à l'Office après avoir reçu la décision que ce dernier a rendue en vertu de l'article 55.2 de la Loi refusant la participation de la demanderesse Sinclair à l'instance générale. La démarche consistant à saisir l'Office des questions constitutionnelles en première instance respecte la différence fondamentale entre un décideur administratif et une cour de révision, soit en l'espèce l'Office et la Cour. Le Parlement a confié à l'Office, et non à la Cour, la responsabilité de statuer sur le fond de questions factuelles et juridiques — y compris le fond de questions constitutionnelles. Les dossiers de preuve sont constitués devant l'Office, et non devant la Cour. En règle générale, la Cour se limite à contrôler les décisions de l'Office à travers la lentille de la norme de contrôle appropriée en utilisant le dossier de preuve constitué devant l'Office et transmis à la Cour. Si les décideurs administratifs pouvaient être court-circuités relativement à des questions pareilles, ces appréciations, éclairages et considérations ne parviendraient jamais à la connaissance de la cour de révision, ce qui est très grave en matière constitutionnelle. Les questions constitutionnelles devraient uniquement être tranchées sur le fondement d'un dossier factuel riche et complet. Dans un secteur réglementaire important comme celui en cause en l'espèce, un dossier n'est ni complet ni riche s'il y manque les éclairages de l'organisme de réglementation. La Cour suprême a fortement souligné le fait que les questions constitutionnelles devaient être d'abord soumises à un décideur administratif habilité à les entendre : *Okwuobi c. Commission scolaire Lester B. Pearson*; *Casimir c. Québec (Procureur général)*; *Zorrilla c. Québec (Procureur général)* (*Okwuobi*). Il existait un certain doute à savoir si l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association* (*Alberta Teachers*) de la Cour suprême s'applique aux questions constitutionnelles qui n'ont pas été soulevées devant un décideur administratif qui était habilité à les examiner. L'arrêt *Alberta Teachers* ne mentionne pas l'arrêt *Okwuobi* du tout, ni n'évoque, ne serait-ce qu'une seule fois, des questions constitutionnelles. L'arrêt *Alberta Teachers* n'a eu aucune incidence sur l'arrêt *Okwuobi*.

Les trois décisions de l'Office étaient raisonnables. La décision voulant que certaines questions étaient non pertinentes était raisonnable en ce qu'elle parvenait à un résultat



defensibility on the facts and the law or the margin of appreciation the Court must afford to it. In its decision regarding its process and the use of the Application to Participate Form, the Board was entitled to a significant margin of appreciation in the circumstances of this case. The Application to Participate Form was based to some extent on the Board's own assessment of what issues were relevant. Section 55.2 was enacted to make Board hearings fair but more focused and efficient. It requires that persons who are not directly affected show that they have "relevant information or expertise." This requires rigorous demonstration. The Application to Participate Form is commensurate with that requirement. Finally, the Board deserved to be allowed a significant margin of appreciation in denying the applicant Sinclair from participating in the larger proceeding. The Board engaged in a factual assessment, drawing upon its experience in conducting hearings of this sort and its appreciation of the type of parties that do and do not make useful contributions to its decisions. Matters such as these are within the ken of the Board, not the Court.

qui appartient à la gamme des issues acceptables et justifiables au regard des faits et du droit ou, autrement dit, qu'elle se situe à l'intérieur de la marge de manœuvre que la Cour doit laisser à l'Office. En ce qui concerne sa décision concernant le processus et l'utilisation du formulaire de demande de participation, l'Office avait droit à une marge d'appréciation importante dans les circonstances de la présente espèce. Le formulaire de demande de participation était fondé dans une certaine mesure sur l'avis de l'Office lui-même quant à savoir quelles questions étaient pertinentes. L'article 55.2 a été adopté afin de rendre les audiences de l'Office plus équitables, mais aussi plus efficaces et recentrées. Il exige que les personnes qui ne sont pas directement touchées démontrent qu'elles possèdent « des renseignements pertinents ou une expertise appropriée », ce qui exige une démonstration rigoureuse. Le formulaire de demande de participation est à la mesure de cette exigence. Enfin, l'Office méritait qu'on lui laisse une marge de manœuvre importante pour refuser à la demanderesse Sinclair le droit de participer à l'instance générale. L'Office a procédé à une évaluation factuelle, en puisant dans son expérience en matière de conduite d'audiences de ce genre et dans son appréciation du genre de parties qui font et qui ne font pas des contributions utiles à ses décisions. Des questions comme celles-là sont du ressort de l'Office, et non de la Cour.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b).
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(1).
- Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19, s. 83.
- National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, ss. 12(2), 21(1), (3), 23, 52(2), 55.2, 58.
- National Energy Board Rules of Practice and Procedure*, 1995, SOR/95-208, s. 35.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

- Mackay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, (1989), 61 D.L.R. (4th) 385; *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board; Casimir v. Quebec (Attorney General); Zorrilla v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Re:Sound v. Fitness Industry Council*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b).
- 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. 52(1).
- Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, ch. 19, art. 83.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(1).
- Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 12(2), 21(1), (3), 23, 52(2), 55.2, 58.
- Règles de pratique et de procédure de l'Office national de l'énergie* (1995), DORS/95-208, art. 35.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson; Casimir c. Québec (Procureur général); Zorrilla c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Ré:Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement*

of Canada, 2014 FCA 48, [2015] 2 F.C.R. 170; *Maritime Broadcasting System Limited v. Canadian Media Guild*, 2014 FCA 59, 373 D.L.R. (4th) 167.

## DISTINGUISHED:

*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654.

## CONSIDERED:

*Re: Trans Mountain Expansion Project*, File No. OF-Fac-Oil-T260-2013-03 02, Hearing Order OH-001-2014, October 2, 2014, online: <[https://docs.neb-one.gc.ca/ll-eng/llisapi.dll/fetch/2000/90464/90552/548311/956726/2392873/2449981/2445930/A15-3\\_-\\_Hearing\\_Order\\_OH-0012014\\_-\\_A3V6I2.pdf?nodeid=2445615&vernum=-2](https://docs.neb-one.gc.ca/ll-eng/llisapi.dll/fetch/2000/90464/90552/548311/956726/2392873/2449981/2445930/A15-3_-_Hearing_Order_OH-0012014_-_A3V6I2.pdf?nodeid=2445615&vernum=-2;)>; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557.

## REFERRED TO:

*In the Matter of Enbridge Pipelines Inc.: Application dated 29 November 2012 for the Line 9B Reversal and Line 9 Capacity Expansion Project*, OH-002-2013, March 2014, online: <[https://docs.neb-one.gc.ca/ll-eng/llisapi.dll/fetch/2000/90464/90552/92263/790736/890819/2431831/2428616/Reasons\\_for\\_Decision\\_OH-002-2013\\_-\\_A3V1E4.pdf?nodeid=2431830&vernum=-2](https://docs.neb-one.gc.ca/ll-eng/llisapi.dll/fetch/2000/90464/90552/92263/790736/890819/2431831/2428616/Reasons_for_Decision_OH-002-2013_-_A3V1E4.pdf?nodeid=2431830&vernum=-2)>; *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332; *League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, [2012] 2 F.C.R. 312; *Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1976] 2 F.C. 500, (1976), 67 D.L.R. (3d) 505 (C.A.); *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488; *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297; *Canada (Attorney General) v. Quadri*, 2010 FCA 246, [2012] 2 F.C.R. 3; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Lemus v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 114, 372 D.L.R. (4th) 567; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] F.C.R. 1006; *Nakina*

*physique du Canada*, 2014 CAF 48, [2015] 2 R.C.F. 170; *Maritime Broadcasting System Limited c. La guilde canadienne des médias*, 2014 CAF 59.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Re : Projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain*, ordonnance d'audience OH-001-2014, n° OF-Fac-Oil-T260-2013-03 02, 2 octobre 2014, en ligne : <[https://docs.neb-one.gc.ca/ll-eng/llisapi.dll/fetch/2000/90464/90552/548311/956726/2392873/2449981/2445930/A15-3\\_-\\_Hearing\\_Order\\_OH-001-2014\\_-\\_A3V6I2.pdf?nodeid=2445615&vernum=-2](https://docs.neb-one.gc.ca/ll-eng/llisapi.dll/fetch/2000/90464/90552/548311/956726/2392873/2449981/2445930/A15-3_-_Hearing_Order_OH-001-2014_-_A3V6I2.pdf?nodeid=2445615&vernum=-2)>; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Relativement à Pipelines Enbridge Inc. : Demande datée du 29 novembre 2012 concernant le projet d'inversion de la canalisation 9B et d'accroissement de la capacité de la canalisation 9*, OH-002-2013, mars 2014, en ligne : <[https://docs.neb-one.gc.ca/ll-eng/llisapi.dll/fetch/2000/90464/90552/92263/790736/890819/2431831/2428616/Motifs\\_de\\_d%C3%A9cision\\_OH-002-2013\\_-\\_A3V1E3.pdf?nodeid=2432128&vernum=-2](https://docs.neb-one.gc.ca/ll-eng/llisapi.dll/fetch/2000/90464/90552/92263/790736/890819/2431831/2428616/Motifs_de_d%C3%A9cision_OH-002-2013_-_A3V1E3.pdf?nodeid=2432128&vernum=-2)>; *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332; *Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307, [2012] 2 R.C.F. 312; *La compagnie Rothmans de Pall Mall Canada Limitée c. Le ministre du Revenu national*, [1976] 2 C.F. 500 (C.A.); *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488; *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22; *Canada (Procureur général) c. Quadri*, 2010 CAF 246, [2012] 2 R.C.F. 3; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 114; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56,

(*Township*) v. *Canadian National Railway Co.* (1986), 69 N.R. 124 (F.C.A.); *Sumas Energy 2, Inc. v. Canada (National Energy Board)*, 2005 FCA 377, [2006] 1 F.C.R. 456; *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203; *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Bibeault v. McCaffrey*, [1984] 1 S.C.R. 176; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395.

APPLICATION for judicial review of three interlocutory decisions of the National Energy Board wherein it had devised a process to determine who could participate in the larger proceeding, ruled that certain issues were irrelevant and would not be considered in the larger proceeding, and denied the applicant Donna Sinclair participation in the larger proceeding. Application dismissed.

#### APPEARANCES

*Clayton C. Ruby, C.M.* and *Nader R. Hasan* for applicants.  
*Michael H. Morris* and *Jacqueline Wilson* for respondent Attorney General of Canada.  
*Andrew Hudson* for respondent National Energy Board.  
*Joshua A. Jantzi* and *Douglas E. Crowther, Q.C.* for respondent Enbridge Pipelines Inc.  
*Jason MacLean* for intervener.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Ruby Schiller Chan Hasan*, Toronto, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Attorney General of Canada.  
*National Energy Board*, Calgary, for respondent National Energy Board.  
*Dentons Canada LLP*, Calgary, for respondent Enbridge Pipelines Inc.  
*Bora Laskin Faculty of Law, Lakehead University*, Thunder Bay, Ontario, for intervener.

[2015] 3 R.C.F. 1006; *Nakina (Canton) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada* (1986), 69 N.R. 124 (C.A.F.); *Sumas Energy 2, Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2005 CAF 377, [2006] 1 R.C.F. 456; *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203; *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Bibeault c. McCaffrey*, [1984] 1 R.C.S. 176; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395.

DEMANDE de contrôle judiciaire de trois décisions interlocutoires de l'Office national de l'énergie dans le cadre desquelles ce dernier a élaboré un processus pour déterminer qui pourrait participer à l'instance générale, a jugé que certaines questions étaient non pertinentes et ne seraient pas examinées dans le cadre de l'instance générale, et a refusé à la demanderesse Donna Sinclair le droit de participer à l'instance générale. Demande rejetée.

#### ONT COMPARU

*Clayton C. Ruby, C.M.* et *Nader R. Hasan* pour les demandereses.  
*Michael H. Morris* et *Jacqueline Wilson* pour le défendeur le procureur général du Canada.  
*Andrew Hudson* pour le défendeur l'Office national de l'énergie.  
*Joshua A. Jantzi* et *Douglas E. Crowther, c.r.* pour la défenderesse Enbridge Pipelines Inc.  
*Jason MacLean* pour l'intervenant.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Ruby Schiller Chan Hasan*, Toronto, pour les demandereses.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur le procureur général du Canada.  
*L'Office national de l'énergie*, Calgary, pour le défendeur l'Office national de l'énergie.  
*Dentons Canada LLP*, Calgary, pour la défenderesse Enbridge Pipelines Inc.  
*Bora Laskin Faculty of Law, Lakehead University*, Thunder Bay, Ontario, pour l'intervenant.

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

[1] STRATAS J.A.: The applicants, Forest Ethics Advocacy Association and Ms. Sinclair, apply for judicial review of three interlocutory decisions of the National Energy Board [Board]. The Board made these decisions as part of a larger proceeding before it.

[2] In these interlocutory decisions, the Board devised a process to determine who could participate in the larger proceeding, ruled that certain issues were irrelevant and would not be considered in the larger proceeding, and denied the applicant, Ms. Sinclair, participation in the larger proceeding.

[3] In this Court, Forest Ethics and Ms. Sinclair challenge the interlocutory decisions on two bases: the constitutional guarantee of freedom of expression in paragraph 2(b) 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] [Charter]) and administrative law unreasonableness.

[4] For the reasons set out below, I would dismiss the application for judicial review with costs. The applicants cannot raise the Charter issue for the first time on judicial review. Further, the three interlocutory decisions are reasonable.

#### A. THE FACTS

##### (1) The larger proceeding before the Board

[5] In the larger proceeding, the respondent, Enbridge Pipelines Inc., asks the Board for approval and certain relief concerning a pipeline project known as the Line 9B Reversal and Line 9 Capacity Expansion Project.

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

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Les demanderesse, Forest Ethics Advocacy Association et M<sup>me</sup> Sinclair, sollicitent le contrôle judiciaire de trois décisions interlocutoires de l'Office national de l'énergie [l'Office], qui a rendu ces décisions dans le cadre d'une instance générale.

[2] Dans ces décisions interlocutoires, l'Office a élaboré un processus pour déterminer qui pourrait participer à l'instance générale, a jugé que certaines questions étaient non pertinentes et ne seraient pas examinées dans le cadre de l'instance générale, et a refusé à la demanderesse, M<sup>me</sup> Sinclair, le droit de participer à l'instance générale.

[3] Devant la Cour, Forest Ethics et M<sup>me</sup> Sinclair attaquent les décisions interlocutoires sur deux fondements : la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression prévue à l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] [la Charte]) et le caractère déraisonnable en droit administratif.

[4] Pour les motifs exposés ci-après, je rejeterais la demande de contrôle judiciaire avec dépens. Les demanderesse ne peuvent pas invoquer le moyen tiré de la Charte pour la première fois dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Par ailleurs, les trois décisions interlocutoires sont raisonnables.

#### A. LES FAITS

##### 1) L'instance générale devant l'Office

[5] Dans l'instance générale, la défenderesse, Enbridge Pipelines Inc., demande à l'Office d'approuver un projet de pipeline connu sous le nom de Projet d'inversion de la canalisation 9B et d'accroissement de la capacité de la canalisation 9 et de lui accorder certaines mesures de réparation en rapport avec ce projet.

[6] The larger proceeding has now concluded and the Board has released its decision (No. OH-002-2013 [*In the Matter of Enbridge Pipelines Inc.: Application dated 29 November 2012 for the Line 9B Reversal and Line 9 Capacity Expansion Project*]). The Board has approved the pipeline project on certain conditions.

(2) The Board's interlocutory decisions

[7] As mentioned above, in this Court the applicants challenge three interlocutory decisions made by the Board. The following are the decisions and the applicants' position in this Court on each.

– I –

[8] *The irrelevance of certain issues.* The Board ruled that in the larger proceeding before it, it would not consider the environmental and socio-economic effects associated with upstream activities, the development of the Alberta oil sands, and the downstream use of oil transported by the pipeline. To the Board, these issues were irrelevant.

[9] Subsection 52(2) of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7 [Act] underpins the Board's decision. Among other things, it requires the Board to "have regard to all considerations that appear to it to be directly related to the pipeline and to be relevant". Subsection 52(2) provides as follows:

**52. ...**

Factors to consider

(2) In making its recommendation, the Board shall have regard to all considerations that appear to it to be directly related to the pipeline and to be relevant, and may have regard to the following:

(a) the availability of oil, gas or any other commodity to the pipeline;

[6] L'instance générale est maintenant terminée et l'Office a publié sa décision sous la référence n° OH-002-2013 [*Relativement à Pipelines Enbridge Inc. : Demande datée du 29 novembre 2012 concernant le projet d'inversion de la canalisation 9B et d'accroissement de la capacité de la canalisation 9*]. L'Office a approuvé le projet de pipeline sous réserve de certaines conditions.

(2) Les décisions interlocutoires de l'Office

[7] Comme nous l'avons indiqué précédemment, les demanderesse attaquent devant la Cour trois décisions interlocutoires rendues par l'Office. Ce qui suit est un exposé des décisions et de la position des demanderesse devant la Cour au sujet de chacune de ces décisions.

– I –

[8] *La non-pertinence de certaines questions.* L'Office a statué qu'il n'examinerait pas, dans l'instance générale, les effets environnementaux et socioéconomiques liés à des activités en amont, le développement des sables bitumineux de l'Alberta et l'utilisation en aval du pétrole transporté par le pipeline. Selon l'Office, ces questions étaient non pertinentes.

[9] Le paragraphe 52(2) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7 [la Loi], sous-tend la décision de l'Office. Cette disposition oblige entre autres l'Office à « [tenir] compte de tous les facteurs qu'il estime directement liés au pipeline et pertinents ». Le paragraphe 52(2) est ainsi rédigé :

**52. [...]**

Facteurs à considérer

(2) En faisant sa recommandation, l'Office tient compte de tous les facteurs qu'il estime directement liés au pipeline et pertinents, et peut tenir compte de ce qui suit :

a) l'approvisionnement du pipeline en pétrole, gaz ou autre produit;



(b) the existence of markets, actual or potential;

(c) the economic feasibility of the pipeline;

(d) the financial responsibility and financial structure of the applicant, the methods of financing the pipeline and the extent to which Canadians will have an opportunity to participate in the financing, engineering and construction of the pipeline; and

(e) any public interest that in the Board's opinion may be affected by the issuance of the certificate or the dismissal of the application.

b) l'existence de marchés, réels ou potentiels;

c) la faisabilité économique du pipeline;

d) la responsabilité et la structure financières du demandeur et les méthodes de financement du pipeline ainsi que la mesure dans laquelle les Canadiens auront la possibilité de participer au financement, à l'ingénierie ainsi qu'à la construction du pipeline;

e) les conséquences sur l'intérêt public que peut, à son avis, avoir la délivrance du certificat ou le rejet de la demande.

[10] In this Court, the applicants submit that the Board's decision to remove certain issues from the table was unreasonable. In their view, the *National Energy Board Act* and, in particular, subsection 52(2) of the Act require the Board to consider the larger environmental effects of the project. These include the contribution to climate change made by the Alberta oil sands and facilities and activities upstream and downstream from the pipeline project.

[11] Further, in the applicants' submission, the Board's decision prevented the parties from expressing themselves before the Board on this issue, thereby violating their freedom of expression protected by paragraph 2(b) of the Charter.

– II –

[12] *The process to determine participation rights.* The Board required parties who wished to participate in the larger proceeding to provide certain information in an Application to Participate Form. The Board considered this information relevant to and necessary for the exercise of its discretion concerning participation rights under section 55.2 of the *National Energy Board Act*, above.

[13] Section 55.2 has a mandatory part and a discretionary part. In the mandatory part, the Board must consider representations from parties directly affected by the application before it. In the discretionary part, the

[10] Devant la Cour, les demandresses soutiennent que la décision de l'Office de retirer certaines questions de l'ordre du jour était déraisonnable. À leur avis, la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et, en particulier, le paragraphe 52(2) de la Loi, exigent que l'Office tienne compte des effets environnementaux généraux du projet, lesquels comprennent la contribution aux changements climatiques des sables bitumineux de l'Alberta et des établissements et activités en amont et en aval du projet de pipeline.

[11] En outre, selon les demandresses, la décision de l'Office a empêché les parties de s'exprimer devant l'Office sur cette question, violant ainsi leur liberté d'expression protégée par l'alinéa 2b) de la Charte.

– II –

[12] *Le processus visant à déterminer les droits de participation.* L'Office a exigé que les parties qui souhaitent participer à l'instance générale fournissent certains renseignements sur un formulaire de demande de participation. L'Office estimait que ces renseignements étaient pertinents et nécessaires pour l'exercice de son pouvoir discrétionnaire concernant les droits de participation en vertu de l'article 55.2 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, précitée.

[13] L'article 55.2 comporte une partie obligatoire et une partie discrétionnaire. Ainsi, l'Office doit étudier les observations des parties directement touchées par la demande dont il est saisi, mais peut permettre à d'autres



Board may permit others with relevant information or expertise to make representations. Section 55.2 reads as follows:

Representations

**55.2** On an application for a certificate, the Board shall consider the representations of any person who, in the Board's opinion, is directly affected by the granting or refusing of the application, and it may consider the representations of any person who, in its opinion, has relevant information or expertise. A decision of the Board as to whether it will consider the representations of any person is conclusive.

[14] In this Court, the applicants submit that section 55.2 offends the guarantee of freedom of expression in the Charter. They seek a declaration that section 55.2 is of no force or effect under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

– III –

[15] *The applicant Sinclair's participation.* On the facts before it, the Board denied the applicant, Ms. Sinclair, participation in the larger proceeding.

[16] In this Court, the applicants submit that the Board failed to take into account the constitutional value of freedom of expression and unconstitutionally prevented Ms. Sinclair from expressing herself.

[17] Quite aside from the constitutional issues involved, the applicants also submit that the Board's decision was substantively unreasonable because Ms. Sinclair had information and expertise relevant to the issues the Board had to consider. She stated that she had a specified and detailed interest in the matter before the Board based on her religious faith. In her view, a spill from a pipeline, even far away from her home, is "an insult to [her] sense of the holy". As for information and expertise, she invoked her experience with Aboriginal peoples, her involvement in apologies to Aboriginal peoples, and her work exploring the relationship between Aboriginal peoples and the land. She also intended to discuss the environmental record of the proponent of the

personnes possédant des renseignements pertinents ou une expertise appropriée de présenter des observations. L'article 55.2 est rédigé comme suit :

Observations

**55.2** Si une demande de certificat est présentée, l'Office étudie les observations de toute personne qu'il estime directement touchée par la délivrance du certificat ou le rejet de la demande et peut étudier les observations de toute personne qui, selon lui, possède des renseignements pertinents ou une expertise appropriée. La décision de l'Office d'étudier ou non une observation est définitive.

[14] Devant la Cour, les demanderesse soutiennent que l'article 55.2 porte atteinte à la garantie de liberté d'expression prévue par la Charte. Ils demandent une déclaration portant que l'article 55.2 est inopérant en vertu du paragraphe 52(1) 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]].

– III –

[15] *La participation de la demanderesse M<sup>me</sup> Sinclair.* Sur le fondement des faits dont il disposait, l'Office a refusé à la demanderesse M<sup>me</sup> Sinclair le droit de participer à l'instance générale.

[16] Devant la Cour, les demanderesse soutiennent que l'Office a omis de tenir compte de la valeur constitutionnelle de la liberté d'expression et a empêché M<sup>me</sup> Sinclair de s'exprimer, en violation de la Constitution.

[17] Indépendamment des questions constitutionnelles soulevées, les demanderesse soutiennent que la décision de l'Office était déraisonnable sur le fond parce que M<sup>me</sup> Sinclair possédait des renseignements pertinents et une expertise appropriée au regard des questions que l'Office devait examiner. M<sup>me</sup> Sinclair a expliqué qu'elle avait précisé en détail son intérêt dans l'affaire dont l'Office était saisi, lequel intérêt reposait sur sa foi religieuse. À son avis, un déversement d'un pipeline, même loin de chez elle, est [TRADUCTION] « une insulte à son sens du sacré ». Pour ce qui est des renseignements et de l'expertise que possède M<sup>me</sup> Sinclair, celle-ci a invoqué son expérience acquise auprès des peuples autochtones, sa participation aux excuses

pipeline project, how the relationship of Aboriginal peoples to the land has influenced her faith, and the importance of consultation with Aboriginal peoples.

[18] In all, the Board received 177 Application to Participate Forms and granted 158 applicants the participation rights they sought. It granted a further 11 the opportunity to submit a letter of comment. Ms. Sinclair was one of only eight whom the Board denied any opportunity to participate in any way.

### (3) The interlocutory nature of the decisions

[19] In this application for judicial review, the Board has intervened. It was open to the Board to object to the application on the basis of prematurity and to submit that this Court should not review the three interlocutory decisions until after the Board has finally decided the larger proceeding. However, the Board has not objected.

[20] Further, both the respondent Enbridge and the Attorney General object only to the constitutional issues being heard, in part on the ground that it is premature to do so. They do not object on the basis of prematurity generally.

[21] Perhaps the parties are not objecting because the Board has now decided the larger proceeding. The usual concerns about large proceedings being bifurcated and delayed may not exist here.

[22] I note that, for good reason, much law forbids this Court from hearing premature matters on judicial review: see, e.g., *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332, at paragraphs 30–33. As that case demonstrates, this Court can and almost always should refuse to hear a premature judicial review on its own motion in the

présentées à ces derniers et son étude de la relation entre les peuples autochtones et la terre. Elle comptait également discuter des antécédents du promoteur du projet de pipeline en matière environnementale, de la façon dont la relation entre les Autochtones et la terre avait influé sur sa foi et de l'importance de consulter les peuples autochtones.

[18] En tout, l'Office a reçu 177 formulaires de demande de participation et a accordé à 158 demandeurs les droits de participation qu'ils demandaient. Il a accordé à 11 autres la possibilité de présenter une lettre de commentaires. M<sup>me</sup> Sinclair était une des huit personnes seulement à qui l'Office a refusé la possibilité de participer de quelque manière que ce soit.

### 3) La nature interlocutoire des décisions

[19] Dans la présente demande de contrôle judiciaire, l'Office est intervenu. Il lui était loisible de s'opposer à la demande au motif qu'elle était prématurée et de soutenir que la Cour ne devrait pas examiner les trois décisions interlocutoires avant qu'il ait rendu une décision définitive dans le cadre de l'instance générale. Il n'a toutefois pas formé d'opposition.

[20] La défenderesse Enbridge et le procureur général s'opposent quant à eux uniquement à l'audition des moyens constitutionnels, en partie au motif qu'il est prématuré de les soulever à ce stade-ci. Ils ne s'opposent pas de manière générale à la demande au motif qu'elle est prématurée.

[21] Les parties ne s'opposent peut-être pas à la demande parce que l'Office a maintenant statué sur l'affaire dans le cadre de l'instance générale. Les préoccupations habituelles relatives à la division de l'instance générale et aux retards n'existent peut-être pas en l'espèce.

[22] Je note qu'il existe à bon droit une jurisprudence abondante qui interdit à la Cour d'entendre certaines questions de façon prématurée dans le cadre d'un contrôle judiciaire : voir, p. ex., *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332, aux paragraphes 30 à 33. Comme cette affaire le démontre, la Cour peut et doit, de son

public interest—specifically, the interests of sound administration and respect for the jurisdiction of an administrative decision maker.

[23] As I have noted, however, the Board—the main guardian of the public interest in this regulatory area—has chosen to intervene and does not assert the prematurity objection. This Court will not apply the prematurity bar in this case because of the position the Board has taken and the need for this Court to defer to the Board’s implicit assessment that the public interest is not hurt by reviewing the interlocutory decisions in this case.

(4) The applicants’ request for an adjournment

[24] Before the hearing of this application for judicial review, this Court noted that the applicants had not raised the Charter issue before the Board. It directed the parties to address certain cases concerning whether the applicants could raise the Charter issue for the first time in this Court.

[25] Soon afterward, the applicants drew to this Court’s attention a recent decision of the Board: *Re: Trans Mountain Expansion Project*, File No. OF-Fac-Oil-T260-2013-03 02, Hearing Order OH-001-2014, October 2, 2014 [*Trans Mountain*]. In that decision, the Board dismissed a challenge to section 55.2 based on the Charter guarantee of freedom of expression. The applicants asked that the present applications be adjourned and heard with the challenge to section 55.2 in the *Trans Mountain* matter.

[26] In response, this Court issued a further direction to the parties. In its direction, it advised that it would hear the parties in the present applications on two issues:

- (a) whether the applicants are barred from seeking Charter relief on the application for judicial review

propre chef, toujours refuser d’entendre un contrôle judiciaire prématuré lorsque l’intérêt public le dicte, plus précisément lorsqu’un tel refus serait dans l’intérêt d’une saine administration et assurerait le respect de la compétence du décideur administratif.

[23] Or, comme je l’ai déjà indiqué, l’Office — principal gardien de l’intérêt public dans ce domaine réglementaire —, qui a choisi d’intervenir, ne forme pas d’opposition sur le fondement de la prématurité. La Cour ne conclura pas à la prématurité en l’espèce à cause de la position que l’Office a adoptée et de la nécessité pour la Cour de faire preuve de retenue à l’égard de l’évaluation implicite de l’Office selon laquelle le contrôle des décisions interlocutoires en l’espèce n’est pas contraire à l’intérêt public.

4) La demande d’ajournement des demanderes

[24] Avant d’entendre la présente demande de contrôle judiciaire, la Cour a noté que les demanderes n’avaient pas soulevé la question relative à la Charte devant l’Office. La Cour a donné pour directive aux parties d’examiner certains précédents judiciaires susceptibles de nous orienter quant à savoir si les demanderes pouvaient soulever cette question pour la première fois devant la Cour.

[25] Peu après, les demanderes ont porté à l’attention de la Cour une décision récente de l’Office, *Re : Projet d’agrandissement du réseau de Trans Mountain*, ordonnance d’audience OH-001-2014, n° OF-Fac-Oil-T260-2013-03 02 (2 octobre 2014) [*Trans Mountain*], dans laquelle ce dernier a rejeté une contestation de l’article 55.2 fondée sur la liberté d’expression garantie par la Charte. Les demanderes ont demandé que les présentes demandes soient ajournées et entendues en même temps que la contestation de l’article 55.2 dans l’affaire *Trans Mountain*.

[26] En réponse, la Cour a donné une autre directive aux parties dans laquelle elle les informait qu’elle les entendrait sur deux questions :

- a) Est-il interdit aux demanderes de demander une réparation en vertu de la Charte dans le cadre de la

because they did not raise the Charter before the National Energy Board; and

- (b) whether the National Energy Board's decision should be quashed for unreasonableness (i.e., the submissions contained in the applicants' memorandum, at paragraphs 89–95).

In its direction, the Court advised the parties that if it decided these issues against the applicants, the judicial review would be dismissed.

[27] This Court heard the parties on these two issues. The following is my analysis of these two issues.

## B. ANALYSIS

- (1) Are the applicants barred from seeking Charter relief because they did not raise the Charter before the National Energy Board?

[28] In my view, the applicants are indeed barred from seeking Charter relief in the present applications before this Court. Forest Ethics is barred for two reasons; Ms. Sinclair is barred for one.

- (a) *Forest Ethics lacks standing*

[29] Under subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, only those who are “directly affected” can ask this Court to review a decision.

[30] Forest Ethics is not “directly affected” by the Board's decisions. The Board's decisions do not affect its legal rights, impose legal obligations upon it, or prejudicially affect it in any way: *League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, [2012] 2 F.C.R. 312; *Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1976] 2 F.C. 500 (C.A.); *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488. Therefore,

demande de contrôle judiciaire au motif qu'elles n'ont pas invoqué la Charte devant l'Office national de l'énergie?

- b) La décision de l'Office national de l'énergie devrait-elle être annulée au motif qu'elle est déraisonnable (ce qui correspond aux observations formulées dans le mémoire des demanderesse, aux paragraphes 89 à 95)?

Dans sa directive, la Cour a avisé les parties que, si elle tranchait ces questions dans un sens défavorable aux demanderesse, le contrôle judiciaire serait rejeté.

[27] La Cour a entendu les parties sur ces deux questions. Mon analyse à cet égard est exposée ci-après.

## B. ANALYSE

- 1) Est-il interdit aux demanderesse de demander une réparation en vertu de la Charte au motif qu'elles n'ont pas invoqué la Charte devant l'Office national de l'énergie?

[28] À mon avis, il est effectivement interdit aux demanderesse de demander une réparation en vertu de la Charte dans les présentes demandes dont est saisie la Cour. L'interdiction à l'égard de Forest Ethics repose sur deux motifs, alors que celle visant M<sup>me</sup> Sinclair, un seul.

- a) *Forest Ethics n'a pas qualité pour agir*

[29] En vertu du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, seuls ceux qui sont « directement touché[s] » peuvent demander à la Cour de contrôler une décision.

[30] Forest Ethics n'est pas « directement touchée » par les décisions de l'Office. Les décisions de l'Office n'ont aucune incidence sur ses droits, elles ne lui imposent aucune obligation en droit, et elles ne lui causent aucun préjudice : *Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307, [2012] 2 R.C.F. 312; *La compagnie Rothmans de Pall Mall Canada Limitée c. Le ministre du Revenu national*, [1976] 2 C.F. 500 (C.A.); *Irving Shipbuilding Inc.*

Forest Ethics does not have direct standing to bring an application for judicial review and invoke the Charter against the Board's decisions.

[31] In oral argument, Forest Ethics submitted that it had status in this Court as a litigant with public interest standing.

[32] However, Forest Ethics falls well short of establishing that it satisfies the criteria for public interest standing: *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524, at paragraph 37 and the more detailed discussion at paragraphs 39–51.

[33] Indeed, in this application and on this record, Forest Ethics is a classic “busybody”, as that term is understood in the jurisprudence. Forest Ethics asks this Court to review an administrative decision it had nothing to do with. It did not ask for any relief from the Board. It did not seek any status from the Board. It did not make any representations on any issue before the Board. In particular, it did not make any representations to the Board concerning the three interlocutory decisions.

[34] The record filed by Forest Ethics does not show that it has a real stake or a genuine interest in freedom of expression issues similar to the one in this case. Further, a judicial review brought by Forest Ethics is not a reasonable and effective way to bring the issue before this Court. Forest Ethics' presence is not necessary—Ms. Sinclair, represented by Forest Ethics' counsel, is present and is directly affected by the Board's decision to deny her an opportunity to participate in its proceedings.

[35] Also, as is seen from the adjournment request, discussed above, the issue before this Court is not evasive of review—others can be expected to raise the issue and, indeed, are now raising it.

*c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488. Par conséquent, Forest Ethics n'a pas d'intérêt direct à déposer une demande de contrôle judiciaire et à invoquer la Charte contre les décisions de l'Office.

[31] Dans sa plaidoirie, Forest Ethics a soutenu qu'elle avait qualité pour agir devant la Cour à titre de plaideur ayant qualité pour agir dans l'intérêt public.

[32] Forest Ethics n'a toutefois pas réussi à démontrer qu'elle satisfaisait aux critères de la qualité pour agir dans l'intérêt public : *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524, au paragraphe 37, et l'analyse plus détaillée aux paragraphes 39 à 51.

[33] En effet, dans le cadre de la présente demande et du présent dossier, Forest Ethics est une « trouble-fête » classique, au sens de la jurisprudence. Elle demande à la Cour d'examiner une décision administrative qui ne la concerne en rien. Elle n'a demandé à l'Office aucune mesure de réparation ni réclamé une quelconque qualité pour agir. Elle n'a présenté aucune observation sur aucun sujet devant l'Office. En particulier, elle n'a présenté aucune observation à l'Office concernant les trois décisions interlocutoires.

[34] Le dossier déposé par Forest Ethics ne démontre pas que l'affaire représente un véritable enjeu pour elle ni qu'elle a un intérêt véritable dans des questions de liberté d'expression semblables à celle qui est soulevée en l'espèce. En outre, il n'est pas raisonnable et efficace de la part de Forest Ethics de soumettre la question à la Cour dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire. La présence de Forest Ethics n'est pas nécessaire — M<sup>me</sup> Sinclair, représentée par l'avocat de Forest Ethics, est présente, et elle est directement touchée par la décision de l'Office de lui refuser toute possibilité de participer à son instance.

[35] Par ailleurs, comme on peut le constater à la lecture de la demande d'ajournement dont il a été question précédemment, la question dont la Cour est saisie n'est pas une question susceptible de ne jamais être

[36] If Forest Ethics were allowed to bring an application for judicial review in these circumstances, it and similar organizations would be able to bring an application for judicial review against any sort of decision anywhere at any time, pre-empting those who might later have a direct and vital interest in the matter. That is not the state of our law.

- (b) *To assert the Charter issue in this Court, Forest Ethics and Ms. Sinclair had to first raise it before the Board*

[37] Forest Ethics and Ms. Sinclair could have raised the Charter issue before the Board but did not. In the circumstances of this case, their failure to raise the Charter issue before the Board prevents them from raising it for the first time on a judicial review in this Court.

[38] After receiving the Board's decision under section 55.2 of the Act denying her participation in the larger proceeding, Ms. Sinclair could have brought a motion asking the Board to rescind or vary its decision based on the Charter or other considerations: *National Energy Board Act*, above, subsection 21(1); *National Energy Board Rules of Practice and Procedure, 1995*, SOR/95-208, section 35. Board decisions under section 55.2 of the Act qualify as "decisions" that can be revisited under subsection 21(1) of the Act. By way of exception, subsection 21(3) of the Act lists certain decisions that cannot be revisited. Section 55.2 decisions are not listed in subsection 21(3).

[39] Similarly, both Forest Ethics and Ms. Sinclair could have moved against the Board's decision that certain issues were irrelevant or the Board's decision to use an Application to Participate Form, relying on Charter or other grounds. But they did not.

soumise aux tribunaux — l'on peut s'attendre à ce que d'autres la soulèvent, et c'est d'ailleurs ce que d'autres font en ce moment même.

[36] Si Forest Ethics était autorisée à présenter une demande de contrôle judiciaire dans les présentes circonstances, elle et d'autres organismes similaires pourraient déposer à tout moment une demande de contrôle judiciaire contre toutes sortes de décisions, damant ainsi le pion à ceux qui pourraient avoir plus tard un intérêt direct et vital dans l'affaire. Or, ce n'est pas ce que prévoit notre droit.

- b) *Pour pouvoir soulever la question relative à la Charte devant la Cour, Forest Ethics et M<sup>me</sup> Sinclair auraient dû l'avoir déjà soulevée devant l'Office*

[37] Forest Ethics et M<sup>me</sup> Sinclair auraient pu soulever la question relative à la Charte devant l'Office, mais elles ne l'ont pas fait. Dans les circonstances de la présente espèce, cette omission de le faire les empêche de soulever maintenant pour la première fois la question dans le cadre d'un contrôle judiciaire devant la Cour.

[38] Après avoir reçu la décision de l'Office rendue en vertu de l'article 55.2 de la Loi refusant sa participation à l'instance générale, M<sup>me</sup> Sinclair aurait pu présenter une requête demandant à l'Office d'annuler ou de modifier sa décision sur le fondement de considérations liées à la Charte ou autres : *Loi sur l'Office national de l'énergie*, précitée, au paragraphe 21(1); *Règles de pratique et de procédure de l'Office national de l'énergie (1995)*, DORS/95-208, article 35. Les décisions de l'Office rendues en vertu de l'article 55.2 de la Loi sont des « décisions » qui peuvent être révisées en vertu du paragraphe 21(1) de la Loi. À titre d'exceptions, le paragraphe 21(3) de la Loi énumère certaines décisions qui ne peuvent pas être révisées. Les décisions rendues en vertu de l'article 55.2 n'en font pas partie.

[39] De même, Forest Ethics et M<sup>me</sup> Sinclair auraient toutes deux pu, sur le fondement de la Charte ou d'autres motifs, présenter une requête à l'encontre de la décision de l'Office selon laquelle certaines questions étaient non pertinentes ou de la décision de l'Office d'utiliser un



[40] In any of these motions, Forest Ethics and Ms. Sinclair could have raised the Charter guarantee of freedom of expression. The Board can hear and decide questions of law, including Charter issues: *National Energy Board Act*, above, subsection 12(2); *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at paragraph 48. Although the Board was an available forum to hear and decide the Charter issues, Forest Ethics and Ms. Sinclair chose not to avail themselves of it.

[41] As a result, the Board has never had a chance to consider the constitutional issues the applicants now place before this Court.

[42] This matters. Had the constitutional issue been raised before the Board, the Board could have received evidence relevant to it, including any evidence of justification under section 1 of the Charter. The Board would also have had the benefit of cross-examinations and submissions on the matter, along with an opportunity to question all parties on the issues. Then, with those advantages, it would have reflected and weighed in on the matter and expressed its views in its reasons. In its reasons, it could have set out its factual appreciations, insights gleaned from specializing over many years in the myriad complex cases it has considered, and any relevant policy understandings. At that point, with a rich, fully-developed record in hand, a party could have brought the matter to this Court on judicial review.

[43] The approach of placing the constitutional issues before the Board at first instance respects the fundamental difference between an administrative decision maker and a reviewing court: here, the Board and this Court. Parliament has assigned the responsibility of determining the merits of factual and legal issues—including the merits of constitutional issues—to the Board, not this

formulaire de demande de participation. Or, elles ne l'ont pas fait.

[40] Dans une telle requête, Forest Ethics et M<sup>me</sup> Sinclair auraient pu invoquer la liberté d'expression garantie par la Charte. L'Office peut entendre et trancher des questions de droit, y compris des questions liées à la Charte : *Loi sur l'Office national de l'énergie*, précitée, au paragraphe 12(2); *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, au paragraphe 48. L'Office était une instance habilitée à entendre et trancher les questions liées à la Charte, mais Forest Ethics et M<sup>me</sup> Sinclair ont choisi de ne pas la saisir d'une telle question.

[41] En conséquence, l'Office n'a jamais eu la possibilité d'examiner les questions constitutionnelles que les demandereses soumettent maintenant à la Cour.

[42] Cela n'est pas sans importance. Si la question constitutionnelle avait été soulevée devant l'Office, ce dernier aurait pu recevoir des éléments de preuve pertinents à cet égard, notamment une preuve de justification en vertu de l'article premier de la Charte. L'Office aurait également bénéficié de contre-interrogatoires et d'observations sur le sujet, ainsi que de la possibilité d'interroger toutes les parties sur les questions soulevées. Ensuite, fort de ces avantages, l'Office aurait réfléchi à l'affaire, procédé à son évaluation et exprimé son point de vue dans ses motifs. Dans ceux-ci, il aurait pu énoncer des appréciations factuelles, des éclairages attribuables à sa spécialisation, résultant de nombreuses années à statuer sur une myriade d'affaires complexes, et toute considération pertinente sur le plan des politiques. Munie d'un dossier riche et pleinement développé, une partie aurait alors pu soumettre l'affaire à la Cour dans le cadre d'un contrôle judiciaire.

[43] La démarche consistant à saisir l'Office des questions constitutionnelles en première instance respecte la différence fondamentale entre un décideur administratif et une cour de révision, soit en l'espèce l'Office et la Cour. Le Parlement a confié à l'Office, et non à la Cour, la responsabilité de statuer sur le fond de questions factuelles et juridiques — y compris le fond

Court. Evidentiary records are built before the Board, not this Court. As a general rule, this Court is restricted to reviewing the Board's decisions through the lens of the standard of review using the evidentiary record developed before the Board and passed to it. See generally *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297.

[44] Were it otherwise, if administrative decision makers could be bypassed on issues such as this, they would never be able to weigh in. On a judicial review, administrative decision makers do not have full participatory rights as parties or interveners. They cannot make submissions to the reviewing court with a view to bolstering or supplementing their reasons. They face real restrictions on the submissions they can make. See generally *Canada (Attorney General) v. Quadrini*, 2010 FCA 246, [2012] 2 F.C.R. 3, at paragraphs 16–17. As a result, often their only opportunity to supply relevant information bearing upon the issue—such as factual appreciations, insights from specialization and policy understandings—is in their reasons.

[45] If administrative decision makers could be bypassed on issues such as this, those appreciations, insights and understandings would never be placed before the reviewing court. In constitutional matters, this is most serious. Constitutional issues should only be decided on the basis of a full, rich factual record: *Mackay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357 [*Mackay*], at pages 361–363. Within an important regulatory sector such as this, a record is neither full nor rich if the insights of the regulator are missing.

[46] The Supreme Court has strongly endorsed the need for constitutional issues to be placed first before an administrative decision maker who can hear them: *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*; *Casimir v. Quebec (Attorney General)*; *Zorrilla v. Quebec (Attorney*

de questions constitutionnelles. Les dossiers de preuve sont constitués devant l'Office, et non devant la Cour. En règle générale, la Cour se limite à contrôler les décisions de l'Office à travers la lentille de la norme de contrôle appropriée en utilisant le dossier de preuve constitué devant l'Office et transmis à la Cour. Voir, à titre général, *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22.

[44] S'il en allait autrement, si les décideurs administratifs pouvaient être court-circuités sur des questions pareilles, ils ne pourraient jamais examiner de telles questions. Dans le cadre d'un contrôle judiciaire, les décideurs administratifs n'ont pas de pleins droits de participation en qualité de parties ou d'intervenants. Ils ne peuvent pas présenter des observations à la cour de révision en vue d'étayer ou de compléter leurs motifs. Ils sont assujettis à de véritables restrictions quant aux observations qu'ils peuvent formuler. Voir, à titre général, *Canada (Procureur général) c. Quadrini*, 2010 CAF 246, [2012] 2 R.C.F. 3, aux paragraphes 16 et 17. En conséquence, bien souvent, c'est dans leurs motifs qu'ils ont la seule occasion de fournir des renseignements pertinents au regard de la question — comme des appréciations factuelles, des éclairages attribuables à leur spécialisation et des considérations au plan des politiques.

[45] Si les décideurs administratifs pouvaient être court-circuités relativement à des questions pareilles, ces appréciations, éclairages et considérations ne parviendraient jamais à la connaissance de la cour de révision, ce qui est très grave en matière constitutionnelle. Les questions constitutionnelles devraient uniquement être tranchées sur le fondement d'un dossier factuel riche et complet : *Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357 [*Mackay*], aux pages 361 à 363. Dans un secteur réglementaire important comme celui en cause en l'espèce, un dossier n'est ni complet ni riche s'il y manque les éclairages de l'organisme de réglementation.

[46] La Cour suprême a fortement souligné le fait que les questions constitutionnelles devaient être d'abord soumises à un décideur administratif habilité à les entendre : *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson School Board*; *Casimir c. Québec (Procureur général)*;

*General*), 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257 [*Okwuobi*], at paragraphs 38–40. Where, as here, an administrative decision maker can hear and decide constitutional issues, that jurisdiction should not be bypassed by raising the constitutional issues for the first time on judicial review. Parliament’s grant of jurisdiction to the Board to decide such issues must be respected.

[47] This rule can be relaxed in cases of urgency: *Okwuobi*, above, at paragraphs 51–53. And a direct challenge in Court to the constitutionality of legislation is possible as long as the challenge is not “circumventing the administrative process” or tantamount to a collateral attack on an administrator’s power to decide the issue (outside the circumstances where prohibition is permitted): *Okwuobi*, above, at paragraph 54.

[48] Counsel for the applicants resists the application of *Okwuobi* to the case at bar.

[49] First, counsel for the applicants noted that the administrative tribunal in *Okwuobi* enjoyed exclusive jurisdiction to decide matters under its governing statute. But that is the same here. The Board has the exclusive power to hear all issues of fact and law, including constitutional issues, that arise during its proceedings: *National Energy Board Act*, above, subsection 12(2), and *Martin*, above. For good measure, the Board’s decisions on such matters are “final and conclusive”: *National Energy Board Act*, above, subsection 23(1).

[50] Next, counsel for the applicants submitted that the Board does not have the power to declare section 55.2 of no force or effect. That is true. But in *Okwuobi* the Supreme Court gave a full answer to that point, rejecting it (at paragraphs 44–45):

...On the question of remedies, the appellants correctly point out that the [Tribunal] cannot issue a formal declaration of

*Zorrilla c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257 [*Okwuobi*], aux paragraphes 38 à 40. Lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, un décideur administratif peut entendre et trancher des questions constitutionnelles, les parties ne devraient pas contourner cette compétence en soulevant les questions constitutionnelles pour la première fois dans le cadre d’un contrôle judiciaire. Il faut respecter la décision du législateur de conférer compétence à l’Office pour trancher de telles questions.

[47] Cette règle peut être assouplie en cas d’urgence : arrêt *Okwuobi*, précité, aux paragraphes 51 à 53. Par ailleurs, une contestation directe en Cour de la constitutionnalité d’une loi est possible dans la mesure où la contestation « [ne] contour[n]e [pas] le processus administratif » ou n’équivaut pas à une attaque indirecte du pouvoir d’un administrateur de trancher la question (en dehors des circonstances où une interdiction est permise) : arrêt *Okwuobi*, précité, au paragraphe 54.

[48] Les avocats des demanderesse s’opposent à l’application de l’arrêt *Okwuobi* à la présente espèce.

[49] Premièrement, les avocats des demanderesse ont noté que, dans l’affaire *Okwuobi*, le tribunal administratif jouissait d’une compétence exclusive pour trancher des questions en vertu de sa loi constitutive. Or, il en va de même en l’espèce. L’Office a compétence exclusive pour entendre toutes les questions de fait et de droit, y compris les questions constitutionnelles, qui surgissent au cours de ses instances : *Loi sur l’Office national de l’énergie*, précitée, au paragraphe 12(2), et l’arrêt *Martin*, précité. Pour faire bonne mesure, les décisions de l’Office sur ces questions sont « définitives et sans appel » : *Loi sur l’Office national de l’énergie*, précitée, au paragraphe 23(1).

[50] Deuxièmement, les avocats des demanderesse ont soutenu que l’Office n’avait pas le pouvoir de déclarer l’article 55.2 invalide, ce qui est vrai. Toutefois, dans l’arrêt *Okwuobi*, la Cour suprême a fourni une réponse complète à cet argument et l’a rejeté (aux paragraphes 44 et 45) :

[...] Sur la question des réparations, les appelants soulignent à bon droit que le [Tribunal] ne peut prononcer une déclaration

invalidity. This is not, in our opinion, a reason to bypass the exclusive jurisdiction of the Tribunal. As this Court stated in *Martin*, the constitutional remedies available to administrative tribunals are indeed limited and do not include general declarations of invalidity (para. 31). Nor is a determination by a tribunal that a particular provision is invalid pursuant to the *Canadian Charter* binding on future decision makers. As Gonthier J. noted, at para. 31: “Only by obtaining a formal declaration of invalidity by a court can a litigant establish the general invalidity of a legislative provision for all future cases.”

That said, a claimant can nevertheless bring a case involving a challenge to the constitutionality of a provision before the [Tribunal]. If the [Tribunal] finds a breach of the *Canadian Charter* and concludes that the provision in question is not saved under s. 1 it may disregard the provision on constitutional grounds and rule on the claim as if the impugned provision were not in force (*Martin*, at para. 33). Such a ruling would, however, be subject to judicial review on a correctness standard, meaning that the Superior Court could fully review any error in interpretation and application of the *Canadian Charter*. In addition, the remedy of a formal declaration of invalidity could be sought by the claimant at this stage of the proceedings.

[51] Finally, counsel for the applicants submitted that the more recent, somewhat more flexible holding of the Supreme Court in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 [*Alberta Teachers*] governs this case, not *Okwuobi*.

[52] In *Alberta Teachers*, above, the Supreme Court offered guidance on when a reviewing court may consider new issues on judicial review, i.e., issues that were not raised before the administrative decision maker. At paragraph 22, Justice Rothstein, writing for the majority of the Court, stated that “[j]ust as a court has discretion to refuse to undertake judicial review where, for example, there is an adequate alternative remedy, it also has a discretion not to consider an issue raised for the first time on judicial review where it would be inappropriate to do so.”

formelle d’invalidité. À notre avis, ce motif ne suffit pas pour passer outre à la compétence exclusive du Tribunal. Ainsi que notre Cour l’a décidé dans l’arrêt *Martin*, les réparations constitutionnelles relevant des tribunaux administratifs demeurent effectivement limitées et n’incluent pas les déclarations générales d’invalidité (par. 31). La décision d’un tribunal administratif concluant à l’invalidité d’une disposition législative au regard de la *Charte canadienne* ne lie pas non plus les décideurs qui se prononceront ultérieurement. Comme l’a fait observer le juge Gonthier au par. 31 : « [c]e n’est qu’en obtenant d’une cour de justice une déclaration formelle d’invalidité qu’une partie peut établir, pour l’avenir, l’invalidité générale d’une disposition législative. »

Cela dit, un demandeur jouit du droit de soumettre au [Tribunal] une affaire qui soulève la constitutionnalité d’une disposition. Si ce tribunal conclut qu’il y a violation de la *Charte canadienne* et que la disposition en question n’est pas sauvegardée au regard de l’article premier, il peut refuser d’appliquer la disposition pour des motifs constitutionnels et statuer sur la demande comme si elle n’était pas en vigueur (*Martin*, par. 33). Une telle décision resterait cependant susceptible d’un contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte. Dans ce contexte, la Cour supérieure pourrait examiner intégralement toute erreur commise dans l’interprétation et l’application de la *Charte canadienne*. De plus, le demandeur aurait droit de demander une déclaration formelle d’invalidité à cette étape de l’instance.

[51] Enfin, les avocats des demandresses ont affirmé que c’est l’arrêt de la Cour suprême *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 [*Alberta Teachers*], plus récent et quelque peu plus souple, et non l’arrêt *Okwuobi*, qui régit la présente affaire.

[52] Dans l’arrêt *Alberta Teachers*, précité, la Cour suprême a donné des orientations quant aux circonstances dans lesquelles une cour de révision peut examiner des questions nouvelles dans le cadre d’un contrôle judiciaire, c’est-à-dire des questions qui n’ont pas été soulevées devant le décideur administratif. Au paragraphe 22, le juge Rothstein, s’exprimant au nom de la majorité de la Cour, a affirmé que « [t]out comme elle jouit du pouvoir discrétionnaire de refuser d’entreprendre un contrôle judiciaire lorsque, par exemple, il existe un autre recours approprié, une cour de justice peut également, à son gré, ne pas se saisir d’une question soulevée pour la première fois dans le cadre du contrôle judiciaire lorsqu’il lui paraît inopportun de le faire. »

[53] Relying upon *Alberta Teachers*, above, counsel for the applicants invites us to exercise our discretion in favour of hearing the constitutional issues for the first time on judicial review in this Court.

[54] I doubt that *Alberta Teachers*, above, applies to constitutional issues that were not raised before an administrative decision maker that had the power to consider them. *Alberta Teachers* does not refer to *Okwuobi* at all, nor does it speak even once about constitutional issues. *Okwuobi* remains on the books, unaffected by *Alberta Teachers*.

[55] This makes sense. In cases such as *Mackay*, above, the Supreme Court has repeatedly insisted that courts have the benefit of a full factual record in constitutional matters, including the benefit of the decision maker's factual appreciations, insights from specialization and policy understandings. As I have explained above, that sort of record can only be developed before the administrative decision maker.

[56] However, even if *Alberta Teachers* applies to the case at bar, I would exercise my discretion against entertaining the constitutional issues for the first time on judicial review.

[57] *Alberta Teachers* instructs us that the general rule is that “this discretion will not be exercised in favour of an applicant on judicial review where the issue could have been but was not raised” before the administrative decision maker (at paragraph 23). In support of this, the Supreme Court invoked many of the reasons set out above, including the administrative decision maker's role as fact-finder and merits-decider, its appreciation of policy considerations, and possible prejudice to other parties (at paragraphs 23–26). In this case, the Board's contribution to the constitutional issues at hand—involving as they do issues of the Board's management of the complex proceedings before it and its appreciation of its statutory mandate and the policy considerations inherent in it—would have been significant.

[53] S'appuyant sur l'arrêt *Alberta Teachers*, précité, les avocats des demanderesse nous invitent à exercer notre pouvoir discrétionnaire pour entendre les questions constitutionnelles pour la première fois dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire dont est saisie la Cour.

[54] Je doute que l'arrêt *Alberta Teachers*, précité, s'applique aux questions constitutionnelles qui n'ont pas été soulevées devant un décideur administratif qui était habilité à les examiner. L'arrêt *Alberta Teachers* ne mentionne pas l'arrêt *Okwuobi* du tout, ni n'évoque, ne serait-ce qu'une seule fois, des questions constitutionnelles. L'arrêt *Okwuobi* demeure applicable; l'arrêt *Alberta Teachers* n'a eu aucune incidence sur lui.

[55] Cette interprétation est logique. Dans des arrêts comme *Mackay*, précité, la Cour suprême a insisté à de nombreuses reprises sur le fait que les tribunaux ont l'avantage de disposer d'un dossier factuel complet dans les affaires constitutionnelles, notamment des appréciations factuelles du décideur, des éclairages attribuables à sa spécialisation et des considérations au plan des politiques. Comme je l'ai expliqué précédemment, ce genre de dossier peut seulement être élaboré devant un décideur administratif.

[56] Toutefois, même si l'arrêt *Alberta Teachers* s'appliquait à la présente espèce, j'exercerais mon pouvoir discrétionnaire pour refuser d'entendre les questions constitutionnelles pour la première fois dans le cadre du contrôle judiciaire.

[57] L'arrêt *Alberta Teachers* indique qu'en règle générale, « ce pouvoir discrétionnaire n'est pas exercé au bénéfice du demandeur lorsque la question en litige aurait pu être soulevée devant le tribunal administratif mais qu'elle ne l'a pas été » (au paragraphe 23). Au soutien de cette affirmation, la Cour suprême a mentionné bon nombre des motifs que j'ai exposés, notamment le rôle de juge des faits et du fond du décideur administratif, son appréciation des considérations sur le plan des politiques et les préjudices éventuellement causés aux autres parties (aux paragraphes 23 à 26). Dans la présente affaire, la contribution de l'Office aux questions constitutionnelles en jeu — qui soulèvent en l'espèce des questions liées à la gestion par l'Office des instances complexes dont il est saisi et à son



[58] For the foregoing reasons, Forest Ethics and Ms. Sinclair are barred from invoking the Charter for the first time on judicial review.

[59] In light of my finding concerning the standing of Forest Ethics, in the remainder of my reasons I shall refer exclusively to the applicant Ms. Sinclair.

(2) Are the decisions unreasonable?

[60] The parties agree that the standard of review of all three decisions is reasonableness. Notwithstanding the parties' agreement, this Court must apply the proper standard of review—our own analysis is necessary. See *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152, at paragraph 6.

[61] I shall consider the Board's decisions separately. The parties proceeded on that basis and there is analytical clarity in that approach. However, that approach also smacks of artificiality. The decisions are linked and dependent upon each other. As mentioned above, Ms. Sinclair wanted to raise with the Board larger substantive issues such as climate change. In its decision concerning the relevancy of certain issues, the Board ruled that it would not consider that larger issue. As rightly conceded by the respondents, this affected Ms. Sinclair's case to participate, though, as we shall see, the Board did invoke other reasons based on other considerations of relevance to deny her participation. Further, Ms. Sinclair submits that the Application to Participate Form, shaped in part by the Board's decision on relevancy, unduly constrained the Board's decision regarding participation rights and, by its length and complexity, frustrated her and drove other potential participants away, preventing some substantive matters from being aired and considered. In reality, this Court is faced with an inseparable triumvirate of decisions with intertwined procedural and substantive attributes.

appréciation de son mandat législatif et des considérations de politique — aurait été importante.

[58] Pour les motifs qui précèdent, Forest Ethics et M<sup>me</sup> Sinclair ne peuvent pas invoquer la Charte pour la première fois dans le cadre d'un contrôle judiciaire.

[59] Compte tenu de ma conclusion concernant la qualité de Forest Ethics pour agir, je renverrai exclusivement à la demanderesse M<sup>me</sup> Sinclair dans le reste de mes motifs.

2) Les décisions sont-elles déraisonnables?

[60] Les parties conviennent que la norme de contrôle des trois décisions en cause est celle du caractère raisonnable. Malgré l'entente entre les parties, la Cour doit appliquer la bonne norme de contrôle, et il est donc nécessaire que nous procédions à notre propre analyse. Voir l'arrêt *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152, au paragraphe 6.

[61] J'examinerai les décisions de l'Office séparément, comme l'ont fait les parties. Cette façon de procéder présente une certaine clarté analytique, mais est par ailleurs artificielle. Les décisions sont interreliées et interdépendantes. Comme je l'ai indiqué précédemment, M<sup>me</sup> Sinclair voulait soulever devant l'Office des questions de fond générales comme les changements climatiques. Dans sa décision concernant la pertinence de certaines questions, l'Office a statué qu'il n'examinerait pas cette question générale. Comme les défendeurs l'ont concédé à juste titre, cela a eu une incidence sur la demande de participation de M<sup>me</sup> Sinclair, bien que, comme nous le verrons, l'Office ait invoqué d'autres raisons fondées sur d'autres considérations liées à la pertinence pour lui refuser le droit de participer. En outre, M<sup>me</sup> Sinclair soutient que le formulaire de demande de participation, conçu en partie en réponse à la décision de l'Office sur la pertinence, a indûment limité la décision de l'Office concernant les droits de participation et, en raison de sa longueur et de sa complexité, le formulaire a frustré M<sup>me</sup> Sinclair et découragé d'autres participants éventuels, empêchant



[62] Given this, the reasonableness or unreasonableness of one decision can affect the reasonableness or unreasonableness of the others. It follows that in cases such as this, there is considerable merit in the Supreme Court's recent approach of not artificially parsing a matter and segmenting it into separate decisions, but rather focusing on the outcome reached by the administrative decision-maker with due regard to any significant problems in its reasoning: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 [Agraira], at paragraph 53; *Lemus v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 114, 372 D.L.R. (4th) 567, at paragraphs 27–38. This is especially so if, as we shall see, we review the substantive decisions and procedural decisions in this case in the same way. Nevertheless, at the risk of some duplication in the analysis, I shall analyse the decisions separately, as the parties have suggested.

(a) *The Board's decision that certain issues were irrelevant*

[63] The Board's decision that certain issues were irrelevant to the larger proceeding is one of substance. Therefore, the traditional analysis for the review of substantive decisions set out in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 [Dunsmuir] applies.

[64] In reaching its decision that certain issues, such as climate change, were irrelevant, the Board had to interpret subsection 52(2) of the *National Energy Board Act*, above, a provision that instructs the Board what it must consider in cases before it. Then it had to apply that interpretation to the facts before it. As set out in *Dunsmuir*, above, and most recently in *Alberta Teachers*, above, and *Agraira*, above, the standard of review in

ainsi certaines questions de fond d'être exposées et examinées. En réalité, la Cour est saisie d'une trilogie, soit trois décisions indissociables portant sur des questions de procédure et de fond inextricablement liées.

[62] Compte tenu de ce qui précède, le caractère raisonnable ou déraisonnable d'une des décisions peut influencer sur le caractère raisonnable ou déraisonnable des autres. Il s'ensuit que, dans des cas comme celui qui nous occupe, il est particulièrement judicieux d'adopter la méthode préconisée récemment par la Cour suprême : ne pas subdiviser artificiellement une affaire et la segmenter en décisions distinctes, mais plutôt se concentrer sur le résultat auquel est parvenu le décideur administratif, en tenant dûment compte de tout problème important dans son raisonnement : *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 [Agraira], au paragraphe 53; *Lemus c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 114, aux paragraphes 27 à 38. Comme nous le verrons, cela est d'autant plus important que nous examinons les décisions de fond et les décisions procédurales en cause en l'espèce de la même manière. Néanmoins, au risque de certains dédoublements dans l'analyse, j'analyserai les décisions séparément, comme les parties nous ont invités à le faire.

a) *La décision de l'Office selon laquelle certaines questions étaient non pertinentes*

[63] La décision de l'Office selon laquelle certaines questions étaient non pertinentes au regard de l'instance générale est une décision de fond. Par conséquent, l'on doit recourir à l'analyse traditionnelle relative au contrôle de décisions de fond décrite dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 [Dunsmuir].

[64] Pour décider que certaines questions, comme les changements climatiques, étaient non pertinentes, l'Office a dû interpréter le paragraphe 52(2) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, précitée, disposition qui indique ce dont l'Office doit tenir compte dans les affaires dont il est saisi. L'Office a ensuite dû appliquer cette interprétation aux faits dont il disposait. Tel qu'il est indiqué dans l'arrêt *Dunsmuir*, précité, et plus

such matters is reasonableness. We are to assess whether the outcome is acceptable and defensible on the facts and the law, bearing in mind that the ranges are flexible and can be broad or narrow in different circumstances: *Dunsmuir*, above, paragraph 47; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5. In other words, the Board is entitled to a margin of appreciation that can be wide or narrow, depending on the circumstances: *Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 3 F.C.R. 1006 [*Farwaha*], at paragraphs 91–95.

[65] Ms. Sinclair suggested that another approach to reasonableness review should be adopted. She submitted that the Board’s failure to take into account larger matters such as climate change automatically rendered its decision making invalid.

[66] Ms. Sinclair’s submission smacks of the old nominate category of review known as “failing to take into account a relevant consideration”. Long ago, if an administrative decision maker failed to take into account a consideration viewed by the Court as relevant, the Court would automatically quash the decision. In reality, this was a form of correctness review—the Court created its own yardstick of relevance and then applied it to the administrator’s decision to see whether it conforms with the Court’s view of the matter.

[67] This Court has now rejected this approach—the one urged upon us by Ms. Sinclair—in favour of the modern approach exemplified in cases such as *Dunsmuir* and *Alberta Teachers* and described in paragraph 64, above (*JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557, at paragraph 74):

At one time, the taking into account of irrelevant considerations and the failure to take into account relevant considerations were nominate grounds of review—if they happened, an abuse of discretion automatically was present.

récemment dans l’arrêt *Alberta Teachers*, précité, et l’arrêt *Agraira*, précité, la norme de contrôle dans ce genre d’affaires est celle de la décision raisonnable. Nous devons évaluer si le résultat est acceptable et justifiable au regard des faits et du droit, en gardant à l’esprit que l’éventail de résultats acceptables et justifiables est souple et peut être large ou étroit au vu des différentes circonstances : arrêt *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5. Autrement dit, l’Office a droit à une certaine marge de manœuvre qui peut être large ou étroite selon les circonstances : *Canada (Transports, Infrastructures et Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 3 R.C.F. 1006 [*Farwaha*], aux paragraphes 91 à 95.

[65] M<sup>me</sup> Sinclair a soutenu que la question du caractère raisonnable devrait être abordée d’une manière différente. Elle a affirmé que le défaut de l’Office de tenir compte de questions générales comme les changements climatiques rendait son processus décisionnel automatiquement invalide.

[66] L’observation de M<sup>me</sup> Sinclair rappelle l’ancienne catégorie de contrôle communément appelée « l’omission de tenir compte d’une considération pertinente ». Jadis, si un décideur administratif omettait de tenir compte d’une considération que la Cour estimait pertinente, la Cour annulait automatiquement la décision. En réalité, il s’agissait d’une forme de contrôle selon la norme de la décision correcte — la Cour créait son propre critère de la pertinence, puis l’appliquait à la décision de l’administrateur pour voir si celle-ci cadrait avec la façon dont la Cour voyait l’affaire.

[67] La Cour a maintenant rejeté cette approche — celle-là même que M<sup>me</sup> Sinclair nous exhortait à adopter — en faveur de l’approche moderne dont font état les arrêts *Dunsmuir* et *Alberta Teachers* et que nous avons décrite au paragraphe 64 des présents motifs (*JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557, au paragraphe 74) :

À une certaine époque, le fait de prendre en compte des considérations non pertinentes et celui de ne pas prendre en compte des considérations pertinentes étaient des motifs de contrôle prévus — dans ces cas, un abus du pouvoir

However, over time, calls arose for decision makers to be given some leeway to determine whether or not a consideration is relevant: see, e.g., *Baker*, above, at paragraph 55; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 24. Today, the evolution is complete: courts must defer to decision makers' interpretations of statutes they commonly use, including a decision maker's assessment of what is relevant or irrelevant under those statutes: *Dunsmuir*, above, at paragraph 54; *Alberta Teachers' Association*, above, at paragraph 34. Accordingly, the current view is that these are not nominate categories of review, but rather matters falling for consideration under *Dunsmuir* reasonableness review: see *Antrim Truck Centre Ltd. v. Ontario (Transportation)*, 2013 SCC 13, [2013] 1 S.C.R. 594, at paragraphs 53 and 54.

[68] Turning to reasonableness review under *Dunsmuir*, and by way of recap, the Board decided that, in the larger proceeding before it, it would not consider the environmental and socio-economic effects associated with upstream activities, the development of the Alberta oil sands, and the downstream use of oil transported by the pipeline.

[69] In my view, this decision is reasonable in that it reaches an outcome within a range of acceptability and defensibility on the facts and the law or, in other words, the margin of appreciation this Court must afford to it. I offer the following reasons in support of this conclusion:

- The Board's main responsibilities under the *National Energy Board Act*, above, include regulating the construction and operation of interprovincial oil and gas pipelines (see Part III [sections 29–58] of the Act).
- Nothing in the Act expressly requires the Board to consider larger, general issues such as climate change.
- The Board submitted, and I accept, that in a section 58 application such as this, the Board must consider

discrétionnaire était automatiquement présent. Avec le temps, cependant, on a réclamé pour les décideurs une certaine latitude pour rechercher si une considération est pertinente : voir l'arrêt *Baker*, précité, au paragraphe 55; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 24. Aujourd'hui, l'évolution est complète : le juge doit s'en remettre aux interprétations que font les décideurs des lois qu'ils utilisent habituellement, notamment à leurs analyses de ce qui est pertinent ou non sous le régime de ces lois : *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 54; *Alberta Teachers' Association*, précité, au paragraphe 34. Il est donc actuellement admis que ces interprétations et analyses ne sont pas des catégories de contrôle prévues, mais plutôt des questions à examiner selon le critère du caractère raisonnable établi par la jurisprudence *Dunsmuir* : voir l'arrêt *Antrim Truck Centre Ltd. c. Ontario (Transports)*, 2013 CSC 13, [2013] 1 R.C.S. 594, aux paragraphes 53 et 54.

[68] Avant d'examiner la décision au regard du caractère raisonnable conformément à l'arrêt *Dunsmuir*, rappelons que l'Office a décidé que, dans l'instance générale dont il était saisi, il n'examinerait pas les effets environnementaux et socioéconomiques liés à des activités en amont, le développement des sables bitumineux de l'Alberta ni l'utilisation en aval du pétrole transporté par le pipeline.

[69] À mon avis, cette décision est raisonnable en ce qu'elle parvient à un résultat qui appartient à la gamme des issues acceptables et justifiables au regard des faits et du droit ou, autrement dit, qu'elle se situe à l'intérieur de la marge de manœuvre que la Cour doit laisser à l'Office. Voici les motifs qui sous-tendent ma conclusion :

- Les principales responsabilités de l'Office en vertu de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, précitée, comprennent la réglementation de la construction et de l'exploitation de pipelines interprovinciaux acheminant du pétrole et du gaz (voir la partie III [articles 29 à 58] de la Loi).
- La Loi ne comporte aucune disposition exigeant expressément que l'Office examine des questions générales comme les changements climatiques.
- L'Office a à juste titre affirmé que, dans le cadre d'une demande fondée sur l'article 58 comme celle

issues similar to those required by subsection 52(2) of the Act.

- Subsection 52(2) of the Act empowers the Board to have regard to considerations that “to it” appear to be “directly related” to the pipeline and “relevant”. The words “to it”, the imprecise meaning of the words “directly”, “related” and “relevant”, the privative clause in section 23 of the Act, and the highly factual and policy nature of relevancy determinations, taken together, widen the margin of appreciation that this Court should afford the Board in its relevancy determination: *Farwaha*, above, at paragraphs 91–95.
  - Further, in applying subsection 52(2) of the Act, the Board could reasonably take the view that larger, more general issues such as climate change are more likely “directly related” to the environmental effects of facilities and activities upstream and downstream from the pipeline, not the pipeline itself.
  - The Board does not regulate upstream and downstream facilities and activities. These facilities and activities require approvals from other regulators. If those facilities and activities are affecting climate change and in a manner that requires action, it is for those regulators to act or, more broadly, for Parliament to act.
  - Subsection 52(2) of the Act contains a list of matters that Parliament considered to be relevant: see paragraphs 52(2)(a) through 52(2)(d). Each of these is relatively narrow in that it focuses on the pipeline, not upstream or downstream facilities and activities. Paragraph 52(2)(e) refers to “any public interest”. It was for the Board to interpret that broad phrase. It was open to the Board to consider that the “public interest” somewhat takes its meaning from the preceding paragraphs in subsection 52(2) and the Board’s overall mandate in Part III of the Act. Thus, it was open to the Board to consider that the “public interest” mainly relates to the pipeline project itself, not to
- dont il est question en l’espèce, l’Office doit tenir compte de questions similaires à celles dont il doit être tenu compte en vertu du paragraphe 52(2) de la Loi.
- Le paragraphe 52(2) de la Loi habilite l’Office à tenir compte de facteurs « qu’il estime » être « directement liés » au pipeline et être « pertinents ». Les mots « qu’il estime », le sens imprécis des mots « directement », « liés » et « pertinent », la clause privative à l’article 23 de la Loi, et la nature hautement factuelle et stratégique des décisions concernant la pertinence, pris ensemble, font en sorte que la Cour devrait laisser à l’Office une grande marge d’appréciation lorsque celui-ci statue sur la pertinence : arrêt *Farwaha*, précité, aux paragraphes 91 à 95.
  - En outre, lorsqu’il a appliqué le paragraphe 52(2) de la Loi, l’Office pouvait raisonnablement adopter comme position que les questions générales comme les changements climatiques sont plus vraisemblablement « directement liées » aux effets environnementaux d’établissements et d’activités en amont et en aval du pipeline, et non au pipeline lui-même.
  - L’Office ne réglemente pas les établissements et les activités en amont et en aval. Ces établissements et activités nécessitent les approbations d’autres organismes de réglementation. Si ces établissements et activités ont des incidences sur les changements climatiques, et ce, d’une manière qui appelle une intervention, c’est à ces organismes d’intervenir ou, de manière plus générale, au Parlement d’agir.
  - Le paragraphe 52(2) de la Loi comporte une liste de facteurs que le Parlement a estimés pertinents : voir les alinéas 52(2)a) à 52(2)d). Chacun de ces facteurs est relativement étroit en ce qu’il est centré sur le pipeline, et non sur des établissements et activités en amont ou en aval. L’alinéa 52(2)e) mentionne « l’intérêt public ». Il appartenait à l’Office d’interpréter cette expression générale. Il était loisible à l’Office de considérer que « l’intérêt public » tire en quelque sorte son sens des alinéas précédant le paragraphe 52(2) et du mandat général de l’Office à la partie III de la Loi. Ainsi, il était loisible à l’Office de considérer que « l’intérêt public » se rapporte principalement au projet de pipeline

upstream or downstream facilities and activities. (In this regard, pre-*Dunsmuir* authorities that engaged in correctness review of the meaning of “public interest” or quashed Board decisions for failing to take into account a factor the Court considered relevant are to be regarded with caution: see, e.g., *Nakina (Township) v. Canadian National Railway Co.* (1986), 69 N.R. 124 (F.C.A.) and *Sumas Energy 2, Inc. v. Canada (National Energy Board)*, 2005 FCA 377, [2006] 1 F.C.R. 456.)

- Parliament recently added subsection 52(2) and section 55.2 to the Act in order to empower the Board to regulate the scope of proceedings and parties before it more strictly and rigorously: *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19, section 83. The Board’s decision is consistent with this objective. Consistency of a decision with statutory objectives is a badge or indicator of reasonableness: *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203, at paragraph 21; *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427, at paragraphs 42–47.
- The Board’s task was a factually suffused one based on its appreciation of the evidence before it. This tends to widen the margin of appreciation this Court should afford the Board: *Farwaha*, above. In my view, the Board’s decision was within that margin of appreciation.

(b) *The Board’s decision on its process, including the Application to Participate Form*

[70] This decision is procedural in nature. On the current state of the authorities in this Court, the standard of review is correctness with some deference to the Board’s choice of procedure (see *Re:Sound v. Fitness Industry Council of Canada*, 2014 FCA 48, [2015] 2 F.C.R. 170 [*Re:Sound*], at paragraphs 34–42) though, as noted in my reasons in *Maritime Broadcasting System*

lui-même, et non aux établissements et activités en amont et en aval. (À cet égard, c’est avec prudence qu’il faut tenir compte des décisions antérieures à l’arrêt *Dunsmuir* dans lesquelles étaient contrôlées, selon la norme de la décision correcte, des décisions sur le sens de « l’intérêt public » ou qui annulaient des décisions de l’Office au motif qu’il avait omis de tenir compte d’un facteur que la Cour estimait pertinent : voir, p. ex., *Nakina (Canton) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada* (1986), 69 N.R. 124 (C.A.F.) et *Sumas Energy 2, Inc. c. Canada (Office national de l’énergie)*, 2005 CAF 377, [2006] 1 R.C.F. 456.)

- Le législateur a récemment ajouté le paragraphe 52(2) et l’article 55.2 à la Loi afin d’habiliter l’Office à réglementer de manière plus stricte et rigoureuse la portée des instances dont il est saisi et les parties qui comparaissent devant lui : *Loi sur l’emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, ch. 19, article 83. La décision de l’Office respecte cet objectif. La concordance entre une décision et des objectifs législatifs est un gage ou un indicateur du caractère raisonnable de la décision : *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203, au paragraphe 21; *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427, aux paragraphes 42 à 47.
- La tâche de l’Office était une tâche éminemment factuelle fondée sur les éléments de preuve dont il disposait, ce qui milite en faveur d’une grande marge d’appréciation à l’Office que la Cour devrait respecter : arrêt *Farwaha*, précité. À mon avis, la décision de l’Office se situe à l’intérieur de cette marge.

b) *La décision de l’Office au sujet de son processus, notamment le formulaire de demande de participation*

[70] La présente décision est de nature procédurale. Selon la jurisprudence actuelle de la Cour, la norme de contrôle est celle de la décision correcte avec un certain degré de retenue à l’égard du choix de procédure de l’Office (voir *Ré:Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada*, 2014 CAF 48, [2015] 2 R.C.F. 170 [*Ré:Sonne*], aux paragraphes 34 à 42), bien



*Limited v. Canadian Media Guild*, 2014 FCA 59, 373 D.L.R. (4th) 167 [*Maritime Broadcasting*], at paragraphs 50–56, some authorities from this Court prescribe deference as the proper approach. *Re:Sound* urges us to be [at paragraph 42] “respectful of the agency’s choices”, and exercise a “degree of deference” when assessing the Board’s procedural decision.

[71] In *Maritime Broadcasting*, above, at paragraph 61, I explained *Re:Sound* as follows:

I prefer to interpret Justice Evans’ words in *Re:Sound* in a manner faithful to *Dunsmuir*, the later cases of the Supreme Court and the settled cases of this Court, all of which bind us.... These cases tell us that review conducted in a manner “respectful of the agency’s choices” or with a “degree of deference” to those choices is really a species of deferential review—*i.e.*, the reasonableness standard, a standard the Supreme Court in *Dunsmuir*, *supra* described (at paragraphs 47–48) as the only “respectful” or “deferential” one.

[72] Here, in its process decision, the Board is entitled to a significant margin of appreciation in the circumstances of this case. Several factors support this:

- The Board is master of its own procedure: *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at page 685.
- The Board has considerable experience and expertise in conducting its own hearings and determining who should not participate, who should participate, and how and to what extent. It also has considerable experience and expertise in ensuring that its hearings deal with the issues mandated by the Act in a timely and efficient way.
- The Board’s procedural choices—in particular, the choice here to design a form and require that it be completed—are entitled to deference: *Baker v.*

que, comme je l’ai noté dans mes motifs dans l’arrêt *Maritime Broadcasting System Limited c. La guilde canadienne des médias*, 2014 CAF 59 [*Maritime Broadcasting*], aux paragraphes 50 à 56, certains précédents judiciaires de la Cour indiquent que la retenue est de mise. L’arrêt *Ré:Sonne* nous exhorte à nous montrer « respectueux [des] choix [procéduraux de l’organisme] » et à exercer un certain « degré de retenue » lors de l’appréciation de la décision procédurale de l’Office.

[71] Au paragraphe 61 de l’arrêt *Maritime Broadcasting*, précité, j’ai expliqué l’arrêt *Ré:Sonne* comme suit :

Je préfère interpréter les mots du juge Evans dans l’arrêt *Ré:Sonne* d’une manière fidèle à l’arrêt *Dunsmuir*, aux arrêts ultérieurs de la Cour suprême et aux arrêts de notre Cour [...], qui nous lient tous. Ces arrêts nous disent qu’un contrôle effectué d’une manière « respectueuse des choix de l’organisme » ou avec un certain « degré de retenue » à l’égard de ces choix constitue en réalité une espèce de contrôle empreint de retenue, c’est-à-dire qu’il correspond à la norme de la décision raisonnable, norme que la Cour suprême a décrite dans l’arrêt *Dunsmuir*, précité (aux paragraphes 47 et 48) comme la seule norme « respectueuse » ou « commandant la déférence ».

[72] En l’espèce, dans le contexte de sa décision, l’Office a droit à une marge d’appréciation importante dans les circonstances de la présente espèce. Plusieurs facteurs militent en ce sens :

- L’Office est maître de sa propre procédure : *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la page 685.
- L’Office a une expérience et une expertise considérables dans la tenue de ses propres audiences et quant à savoir qui devrait y participer, de quelle manière et dans quelle mesure. Il a également une expérience et une expertise considérables pour ce qui est de veiller à ce que ses audiences traitent des questions prescrites par la Loi en temps opportun et de manière efficace.
- Les choix procéduraux de l’Office — en particulier, dans la présente affaire, le choix de concevoir un formulaire et d’exiger qu’il soit rempli — appellent la



*Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 27.

- The Board must follow the criteria set out in section 55.2 of the Act—whether “in [its] opinion” a person is “directly affected” by the granting or refusing of the application and whether the person has “relevant information or expertise.” But these are broad terms that afford the Board a measure of latitude, and so in obtaining information from interested parties concerning these criteria, it should be also given a measure of latitude.
- Finally, as mentioned above, the Board’s decisions are protected by a privative clause.

[73] I add that the Application to Participate Form is based to some extent on the Board’s own assessment of what issues are relevant, a question on which, as I have stated above, the Court should afford the Board a margin of appreciation.

[74] Bearing in mind that the margin of appreciation that this Court must afford the Board, I cannot find that the Application to Participate Form is outside of that margin.

[75] Ms. Sinclair alleges that the Application to Participate Form is too complicated, takes too much time and frightens interested people from participating in the proceedings. I disagree. The form is no worse than other forms of application in other *fora*, such as motions to intervene in this Court. The Board is entitled to take the position that, consistent with the tenor of section 55.2 of the *National Energy Board Act*, above, it only wants parties before it who are willing to exert some effort.

[76] Board hearings are not an open-line radio show where anyone can dial in and participate. Nor are they a drop-in center for anyone to raise anything, no matter

retenue : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 27.

- L’Office doit se conformer aux critères énoncés à l’article 55.2 de la Loi — s’« il estime » qu’une personne est « directement touchée » par l’accueil ou le rejet de la demande et si une personne « possède des renseignements pertinents ou une expertise appropriée ». Mais il s’agit là de termes ayant un sens large et qui laissent à l’Office un certain degré de latitude, de sorte que, lorsque l’Office obtient des renseignements de parties intéressées suivant ces critères, un certain degré de latitude devrait là aussi lui être accordé.
- Enfin, comme nous l’avons vu, les décisions de l’Office sont protégées par une clause privative.

[73] J’ajoute que le formulaire de demande de participation est fondé dans une certaine mesure sur l’avis de l’Office lui-même quant à savoir quelles questions sont pertinentes, question à l’égard de laquelle, comme je l’ai indiqué précédemment, la Cour devrait laisser une marge de manœuvre à l’Office.

[74] Compte tenu de la marge de manœuvre que la Cour doit laisser à l’Office, je ne puis conclure que le formulaire de demande de participation déborde le cadre de cette marge de manœuvre.

[75] M<sup>me</sup> Sinclair soutient que le formulaire de demande de participation est trop compliqué, qu’il prend trop de temps et qu’il effraie les personnes intéressées au point de les dissuader de participer à l’instance. Je ne suis pas d’accord. Le formulaire n’est pas pire que d’autres formulaires de demande dans d’autres tribunes, comme les requêtes pour intervenir auprès de la Cour. L’Office a le droit d’adopter la position selon laquelle, en accord avec la teneur de l’article 55.2 de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, précitée, il veut uniquement entendre des parties qui sont prêtes à faire certains efforts.

[76] Les audiences de l’Office ne sont pas une tribune téléphonique à la radio à laquelle n’importe qui peut participer tout simplement en composant le numéro.

how remote it may be to the Board's task of regulating the construction and operation of oil and gas pipelines.

[77] Parliament has recently enacted section 55.2 to make Board hearings fair but more focused and efficient: *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*, above, section 83. It requires that persons who are not directly affected show that they have "relevant information or expertise." This requires rigorous demonstration. The Application to Participate Form is commensurate with that requirement.

(c) *The Board's decision to deny Ms. Sinclair participation*

[78] At the outset, we must ask whether the Board's decision to deny Ms. Sinclair participation was substantive or procedural. As can be appreciated from the foregoing discussion, the test for judicial review has historically varied according to whether the decision is substantive or procedural.

[79] In my view, the decision to deny Ms. Sinclair participation is a mix of substance *and* procedure.

[80] Part of the decision concerns substance. At its root, it concerns the relevance and materiality of what Ms. Sinclair had to offer to the Board. In the Board's view, Ms. Sinclair had nothing of relevance, materiality or both to contribute to the decision. Viewed in this way, we must review the decision using the test set out in *Dunsmuir*, above: does the substantive outcome reached by the Board fall within a range of outcomes that is acceptable and defensible on the facts and the law?

[81] On the other hand, the Board's decision can be seen as one of procedure. Admitting a party to a proceeding and deciding what level of participation the

Elles ne sont pas non plus un centre de consultation où n'importe qui peut soulever n'importe quoi, peu importe à quel point le sujet est éloigné de la tâche de l'Office consistant à réglementer la construction et l'exploitation de pipelines acheminant du pétrole et du gaz.

[77] Le législateur a récemment adopté l'article 55.2 afin de rendre les audiences de l'Office plus équitables mais aussi plus efficaces et recentrées : *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, précitée, à l'article 83. Cette disposition exige que les personnes qui ne sont pas directement touchées démontrent qu'elles possèdent « des renseignements pertinents ou une expertise appropriée », ce qui exige une démonstration rigoureuse. Le formulaire de demande de participation est à la mesure de cette exigence.

c) *La décision de l'Office de refuser à M<sup>me</sup> Sinclair le droit de participer*

[78] D'entrée de jeu, nous devons nous demander si la décision de l'Office de refuser à M<sup>me</sup> Sinclair le droit de participer est une décision de fond ou une décision procédurale. Tel qu'il ressort de l'analyse qui précède, historiquement, la norme de contrôle judiciaire a varié selon que le contrôle avait pour objet une décision de fond ou une décision procédurale.

[79] À mon avis, la décision de refuser à M<sup>me</sup> Sinclair le droit de participer est un mélange de fond *et* de procédure.

[80] Une partie de la décision concerne le fond. À sa racine, elle concerne la pertinence et l'importance de ce que M<sup>me</sup> Sinclair avait à offrir à l'Office. Selon l'Office, M<sup>me</sup> Sinclair n'avait aucune contribution pertinente ou importante ni aucune contribution pertinente et importante à apporter à la décision. Ainsi, nous devons contrôler la décision au regard du critère énoncé dans l'arrêt *Dunsmuir*, précité : le résultat concret auquel est parvenu l'Office appartient-il à la gamme des issues qui sont acceptables et justifiables au regard des faits et du droit?

[81] Par ailleurs, la décision de l'Office peut être considérée comme étant de nature procédurale. Admettre une partie à une instance et décider quel devrait être

party should have often been considered to be procedural in nature: see, e.g., *Bibeault v. McCaffrey*, [1984] 1 S.C.R. 176. If we view the Board's decision as procedural, then, as mentioned above, the standard of review is correctness with some deference to the Board's choice of procedure: *Re:Sound*, above, at paragraphs 36–42. Under the *Re:Sound* approach, we are to be “respectful of the agency's choices” and exercise a “degree of deference”. See also the articulation of deference in *Maritime Broadcasting*, above, at paragraph 61.

[82] Regardless of how we characterize the Board's decision, the Board deserves to be allowed a significant margin of appreciation: *Dunsmuir*, above, at paragraphs 53–54; *Farwaha*, above, at paragraphs 88–92. The Board engaged in a factual assessment, drawing upon its experience in conducting hearings of this sort and its appreciation of the type of parties that do and do not make useful contributions to its decisions. Matters such as these are within the ken of the Board, not this Court.

[83] Bearing in mind the margin of appreciation that we must afford to the Board, the Board's decision to deny Ms. Sinclair participation in the larger proceeding was reasonable. I offer the following reasons:

- The Board interpreted section 55.2, a task incumbent upon it as part of its decision. The Board saw the section as being concerned with “fairness and efficiency” by “focusing consultation on individuals directly affected by an application and persons with relevant information or expertise”. The Board's interpretation is acceptable and defensible, in that it closely aligns with the text and purpose of the section.
- Further, the Board's reference to “fairness” signals a sensitivity to the interests, including free expression interests, of each applicant before it. It was well aware that those applying to participate wanted to express

son degré de participation a souvent été considéré comme une décision de nature procédurale : voir, p. ex., *Bibeault c. McCaffrey*, [1984] 1 R.C.S. 176. Si nous considérons que la décision de l'Office est de nature procédurale, la norme de contrôle est, comme nous l'avons vu, celle de la décision correcte avec une certaine retenue à l'égard du choix de procédure de l'Office : arrêt *Ré:Sonne*, précité, aux paragraphes 36 à 42. Suivant la méthode préconisée par l'arrêt *Ré:Sonne*, nous devons nous montrer « respectueux [des] choix [procéduraux de l'organisme] » et exercer « un degré de retenue ». Voir également les explications relatives à la retenue dans l'arrêt *Maritime Broadcasting*, précité, au paragraphe 61.

[82] Peu importe comment nous qualifions la décision de l'Office, celui-ci mérite qu'on lui laisse une marge de manœuvre importante : arrêt *Dunsmuir*, précité, aux paragraphes 53 et 54; arrêt *Farwaha*, précité, aux paragraphes 88 à 92. L'Office a procédé à une évaluation factuelle, en puisant dans son expérience en matière de conduite d'audiences de ce genre et dans son appréciation du genre de parties qui font et qui ne font pas des contributions utiles à ses décisions. Des questions comme celles-là sont du ressort de l'Office, et non de la Cour.

[83] Compte tenu de la marge de manœuvre qui doit être laissée à l'Office, la décision de l'Office de refuser à M<sup>me</sup> Sinclair le droit de participer à l'instance générale était raisonnable, et ce, pour les motifs suivants :

- L'Office a interprété l'article 55.2, tâche qui lui incombe dans le cadre de sa décision. L'Office a estimé que l'article traduisait des préoccupations [TRADUCTION] d'« équité et d'efficacité » en [TRADUCTION] « centrant la consultation sur les individus directement touchés par la demande et les personnes qui possèdent des renseignements pertinents ou une expertise appropriée ». L'interprétation de l'Office est acceptable et justifiable, en ce qu'elle s'aligne de près sur le libellé et l'objet de cet article.
- En outre, la mention de l'« équité » dénote une sensibilité aux intérêts, notamment aux intérêts en matière de liberté d'expression, de chaque demandeur devant l'Office. L'Office était bien conscient que ceux qui

themselves. To the extent that it was incumbent on the Board to consider the Charter value of free expression, even though that was never put to it, I consider that in substance it did do so by considering “fairness” and assessing whether the message the applicants before it intended to communicate in the larger proceeding were outweighed by the need for the submissions to be relevant and useful in accordance with section 55.2: see *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, at paragraph 24. The result it reached was reasonable.

- The Board explained the purposes behind the Application to Participate Form—a means to get particular information so it could consider each application “on a case-by-case basis” alongside the “the specific facts and circumstances” of the project application before it. This was an acceptable and defensible approach to the problem before it.
  - The Board explained that it denied certain persons participation rights because in its view they did not satisfy the test under section 55.2. In other words, it was mindful of the need to apply the statutory standard to each application for participation before it, a matter incumbent upon it.
  - The Board went further and discussed Ms. Sinclair’s application specifically. It accurately recounted her submission—that her interest lay in her religious beliefs and her Canadian citizenship in general. The Board held that this was “only a general public interest in the proposed Project”. It added that she lives in North Bay, Ontario, a community “not in the vicinity of the Project”. On the facts and the law, bearing in mind the Board’s experience in determining what is and is not useful in proceedings before it and its interest in efficient, timely proceedings, this was an acceptable and defensible outcome.
- demandaient de participer voulaient s’exprimer. Dans la mesure où il incombait à l’Office de tenir compte de la valeur de la liberté d’expression garantie par la Charte, même si celle-ci n’a jamais été invoquée devant lui, j’estime qu’il l’a essentiellement fait en tenant compte de l’« équité » et en évaluant si la nécessité que les observations soient pertinentes et utiles en conformité avec l’article 55.2 l’emportait sur les messages que les demandeurs qui se sont adressés à lui voulaient communiquer dans l’instance générale : *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, au paragraphe 24. Le résultat auquel l’Office est parvenu était raisonnable.
- L’Office a expliqué pourquoi il avait recouru aux formulaires de demande de participation — pour obtenir des renseignements précis de manière à ce qu’il puisse évaluer chaque demande [TRADUCTION] « au cas par cas » au regard des [TRADUCTION] « circonstances et faits particuliers » de la demande de projet dont il était saisi. Il s’agissait d’une façon acceptable et justifiable de composer avec le problème qu’il devait résoudre.
  - L’Office a expliqué qu’il avait refusé le droit de participer à certaines personnes parce qu’il estimait qu’elles ne satisfaisaient pas au critère énoncé à l’article 55.2. Autrement dit, l’Office a tenu compte de la nécessité d’appliquer la norme législative à chaque demande de participation dont il était saisi, comme il en avait l’obligation.
  - L’Office est allé plus loin et a discuté de la demande de M<sup>me</sup> Sinclair précisément. Il a relaté correctement son argument — que son intérêt résidait dans ses convictions religieuses et sa citoyenneté canadienne en général. L’Office a statué qu’il s’agissait [TRADUCTION] « seulement d’un intérêt public général dans le projet. » Il a ajouté que M<sup>me</sup> Sinclair vit à Thunder Bay, en Ontario, soit une collectivité [TRADUCTION] « qui n’est pas à proximité du projet. » Au regard des faits et du droit, et compte tenu de l’expérience de l’Office en matière de détermination de ce qui est utile et de ce qui ne l’est pas dans les instances dont il est saisi et de son intérêt dans une instance efficace conduite en temps opportun, cela constituait un résultat acceptable et justifiable.

[84] For the foregoing reasons, I conclude that the Board's three decisions are reasonable.

C. PROPOSED DISPOSITION

[85] Therefore, I would dismiss the application for judicial review. With the exception of the Board, the applicants and the respondents all sought costs in the event of success. Therefore, following the result of the application, I would grant costs to the respondents, the Attorney General of Canada and Enbridge Pipelines Inc.

TRUDEL J.A.: I agree.

NEAR J.A.: I agree.

[84] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que les trois décisions de l'Office sont raisonnables.

C. DISPOSITIF PROPOSÉ

[85] En conséquence, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire. À l'exception de l'Office, les demanderesse et les défendeurs ont tous demandé des dépens s'ils obtenaient gain de cause. Par conséquent, compte tenu du résultat de la demande, j'adjugerais les dépens au procureur général du Canada et à Enbridge Pipelines Inc.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d'accord.

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

T-1823-13  
2014 FC 1100

T-1823-13  
2014 CF 1100

**Guida Belo Alves** (*Applicant*)

**Guida Belo Alves** (*demanderesse*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Procureur général du Canada** (*défendeur*)

**INDEXED AS: ALVES v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : ALVES c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court, Heneghan J.—Ottawa, May 22 and November 21, 2014.

Cour fédérale, juge Heneghan—Ottawa, 22 mai et 21 novembre 2014.

*Pensions — Judicial review of Social Security Tribunal (SST), Appeal Division decision refusing applicant leave to appeal decision of Review Tribunal determining that it did not have jurisdiction to deal with matter before it because issues already finally decided by different Review Tribunal — Applicant, seriously injured, denied Canada Pension Plan (CPP) disability benefits — Review Tribunal concluding applicant not precluded from performing gainful employment, not disabled within meaning of CPP, s. 42(2)(a) — Further applications denied on grounds issue res judicata — SST dismissing applicant's application for leave to appeal Review Tribunal decision on basis no new evidence produced, no error identified, no argument having reasonable chance of success — Whether SST committing reviewable error in refusing application for leave to appeal — SST not selecting correct test for assessing application for leave to appeal — “Arguable case” test subject to statutory override — SST erring in considering leave application on basis of applicant's expectations at time of filing, in accordance with CPP s. 84(1) as it read before SST replaced Pension Appeals Board — New test “reasonable chance of success”, only three grounds of appeal existing pursuant to Department of Human Resources and Skills Development Act, s. 58 — SST required to apply s. 58 test, having no discretion to apply former test — Erring in considering application based on applicant's legitimate expectations at time of filing with Pension Appeals Board — Doctrine of legitimate expectations limited to rules of procedural fairness — Parliament clearly intending that matters dealt with by SST subject to new legislation — However, SST's error not constituting sufficient basis to allow judicial review — Sending matter back to SST for re-determination having no practical effect even if correct test applied — Rule of res judicata, principle of issue estoppel applying herein — Application dismissed.*

*Pensions — Contrôle judiciaire d'une décision de la Division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale (TSS) de refuser la demande d'autorisation de la demanderesse d'interjeter appel d'une décision d'un tribunal de révision déterminant qu'il n'avait pas compétence pour trancher l'affaire dont il était saisi parce qu'une décision finale avait déjà été rendue par un autre tribunal de révision à l'égard des questions soulevées — La demanderesse, gravement blessée, s'est vu refuser des prestations d'invalidité en vertu du Régime de pensions du Canada (RPC) — Le tribunal de révision a conclu que la demanderesse n'était pas incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice et qu'elle n'était donc pas invalide au sens de l'art. 42(2)a) du RPC — Les autres demandes ont été rejetées au motif que la question était chose jugée — Le TSS a rejeté la demande d'autorisation de la demanderesse d'interjeter appel de la décision du tribunal de révision au motif qu'elle n'avait pas produit de nouvelle preuve, ni souligné une erreur de fait ou de droit, ni présenté un argument ayant une chance raisonnable de succès — Il s'agissait de déterminer si le TSS a commis une erreur susceptible de contrôle en rejetant la demande d'autorisation d'interjeter appel — Le TSS n'a pas appliqué le bon critère pour évaluer la demande d'autorisation d'interjeter appel — Le critère de « cause défendable » peut être écarté par une loi — Le TSS a commis une erreur lorsqu'il a examiné la demande d'autorisation d'interjeter appel en fonction des attentes de la demanderesse au moment du dépôt de sa demande et conformément à l'art. 84(1) du RPC dans la version qui était en vigueur immédiatement avant que le TSS remplace la Commission d'appel des pensions — Le nouveau critère est d'avoir une chance raisonnable de succès, et il n'existe que trois motifs d'appel aux termes de l'art. 58 de la Loi sur le ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences — Le TSS était tenu*



*d'appliquer le critère de l'art. 58 et n'avait pas le pouvoir discrétionnaire d'appliquer l'ancien critère — Il a commis une erreur en examinant la demande en fonction des attentes légitimes de la demanderesse au moment du dépôt de sa demande auprès de la Commission d'appel des pensions — La doctrine des attentes légitimes se limite aux règles de l'équité procédurale — Le législateur avait clairement pour intention d'assujettir à la nouvelle loi les affaires dont est saisi le TSS — Toutefois, l'erreur commise par le TSS en l'espèce ne constituait pas un motif suffisant pour accueillir la demande de contrôle judiciaire — Le renvoi de cette affaire au TSS afin qu'il rende une nouvelle décision n'aurait eu aucun effet pratique — La règle de la chose jugée et le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'appliquaient en l'espèce — Demande rejetée.*

This was an application for judicial review of a decision of the Appeal Division of the Social Security Tribunal (SST), refusing the applicant leave to appeal a decision of a Review Tribunal determining that it did not have the jurisdiction to deal with the matter before it because the issues being raised had already been finally decided by a different Review Tribunal.

The applicant sustained serious injuries in a motor vehicle accident. The applicant's initial application for Canada Pension Plan (CPP) disability benefits was denied. On appeal, a Review Tribunal of the Office of the Commissioner of Review Tribunals concluded that the applicant was not precluded from performing some type of substantially gainful employment, and was therefore not disabled within the meaning of paragraph 42(2)(a) of the CPP. Further applications by the applicant for CPP disability benefits were denied on the grounds that the issue was *res judicata*, having already been determined finally by the first Review Tribunal. The SST, which replaced the Pension Appeals Board, dismissed the applicant's application for leave to appeal the decision of the third Review Tribunal on the basis that the applicant had not produced any new evidence, nor pointed to an error in fact or law, nor presented any argument that would have a reasonable chance of success.

At issue was whether the SST committed a reviewable error in refusing the applicant's application for leave to appeal.

*Held*, the application should be dismissed.

The SST did not select the correct test for assessing the application for leave to appeal. The test for obtaining leave to appeal has changed. Insofar as the "arguable case" test was developed by decisions of the Courts, it is subject to statutory override. The SST erred when it considered the applicant's

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale (TSS) de refuser la demande d'autorisation de la demanderesse d'interjeter appel d'une décision d'un tribunal de révision déterminant qu'il n'avait pas compétence pour trancher l'affaire dont il était saisi parce qu'une décision finale avait déjà été rendue par un autre tribunal de révision à l'égard des questions soulevées.

La demanderesse a subi des blessures graves dans un accident de véhicule à moteur. Sa demande initiale de prestations d'invalidité en vertu du Régime de pensions du Canada (RPC) a été rejetée. En appel, un tribunal de révision du Bureau du Commissaire des tribunaux de révision a conclu que la demanderesse n'était pas incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice et qu'elle n'était donc pas invalide au sens de l'alinéa 42(2)a) du RPC. Les autres demandes de prestations d'invalidité que la demanderesse a présentées en vertu du RPC ont été rejetées au motif que la question était chose jugée, le premier tribunal de révision ayant déjà rendu une décision finale à cet égard. Le TSS, qui a remplacé la Commission d'appel des pensions, a rejeté la demande d'autorisation de la demanderesse d'interjeter appel de la décision du troisième tribunal de révision au motif que la demanderesse n'avait pas produit de nouvelle preuve, ni souligné une erreur de fait ou de droit, ni présenté un argument ayant une chance raisonnable de succès.

Il s'agissait de déterminer si le TSS a commis une erreur susceptible de contrôle en rejetant la demande d'autorisation d'interjeter appel de la demanderesse.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

Le TSS n'a pas appliqué le bon critère pour évaluer la demande d'autorisation d'interjeter appel. Le critère auquel il faut satisfaire pour être autorisé à interjeter appel d'une décision a changé. Dans la mesure où le critère de « cause défendable » a été établi par des décisions des tribunaux, il

leave application on the basis of the applicant's expectations at the time of filing her application for leave to appeal, and in accordance with subsection 84(1) of the CPP as it read immediately before the SST replaced the Pension Appeals Board on April 1, 2013. Pursuant to section 58 of the *Department of Human Resources and Skills Development Act* (DHRSDA), the critical factor in obtaining leave to appeal to the SST is a reasonable chance of success, and only three grounds of appeal exist: a breach of natural justice, an error in law, and an erroneous finding of fact made in a perverse and capricious manner. This test is narrower than the test that was previously applied, which did not list grounds of appeal. The SST erroneously relied on the common law factors of adducing new evidence, or demonstrating an error of law or significant error of fact. The SST was required to apply the test set out in section 58 of the DHRSDA. It did not have discretion to deviate from that statutory regime and apply the former test, notwithstanding the fact that the applicant applied for leave to appeal prior to the introduction of new legislation governing applications for leave to appeal under the CPP. The SST also erred in considering the applicant's application based on her legitimate expectations at the time of its filing with the Pension Appeals Board. The doctrine of legitimate expectations is an aspect of procedural fairness and is limited to the rules of procedural fairness. No one has a vested right to continuance of the law as it stood in the past. Here, Parliament clearly intended that matters dealt with by the SST would be subject to the new legislation.

The SST's error in the case at bar did not constitute a sufficient basis to allow the application for judicial review. Sending this matter back to the SST for re-determination would have had no practical effect. If the matter had been sent back and a different member applied the correct test, the application for leave to appeal would have failed because a final decision has already been made on the issue of whether the applicant is disabled within the meaning of paragraph 42(2)(a) of the Plan. A new assessment of the applicant's application for leave to appeal would also have failed because of the applicant's attempt to introduce "new facts" to challenge the finding that she is not disabled. Applying the rule of *res judicata* and the principle of issue estoppel, neither the question of the applicant's "disability" nor the status of the medical reports as "new material facts" can be re-litigated.

peut être écarté par une loi. Le TSS a commis une erreur lorsqu'il a examiné la demande d'autorisation d'interjeter appel en fonction des attentes de la demanderesse au moment du dépôt de sa demande et conformément au paragraphe 84(1) du RPC dans la version qui était en vigueur immédiatement avant que le TSS remplace la Commission d'appel des pensions le 1<sup>er</sup> avril 2013. Conformément à l'article 58 de la *Loi sur le ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences* (LMRHDC), le facteur essentiel pour obtenir l'autorisation d'interjeter appel devant le TSS est d'avoir une chance raisonnable de succès, et il n'existe que trois motifs d'appel : un manquement au principe de justice naturelle, une erreur de droit et une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire. Ce critère est plus strict que le critère précédemment appliqué, qui n'énumérait pas de motifs d'appel. Le TSS s'est fondé à tort sur les facteurs de common law selon lesquels il faut présenter de nouveaux éléments de preuve ou démontrer une erreur de droit ou une erreur de fait importante alors qu'il était tenu d'appliquer le critère énoncé à l'article 58 de la LMRHDC. Il n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de s'écarter de ce régime législatif et d'appliquer l'ancien critère, malgré le fait que la demanderesse avait présenté une demande d'autorisation d'interjeter appel avant l'introduction de la nouvelle loi régissant les demandes d'autorisation d'interjeter appel en vertu du RPC. Le TSS a également commis une erreur en examinant la demande de la demanderesse en fonction de ses attentes légitimes au moment du dépôt auprès de la Commission d'appel des pensions. La doctrine des attentes légitimes est un aspect de l'équité procédurale et se limite aux règles de ce principe. Personne n'a le droit acquis de se prévaloir de la loi telle qu'elle existait par le passé. En l'espèce, le législateur avait clairement pour intention d'assujettir à la nouvelle loi les affaires dont est saisi le TSS.

L'erreur commise par le TSS en l'espèce ne constituait pas un motif suffisant pour accueillir la demande de contrôle judiciaire. Le renvoi de cette affaire au TSS afin qu'il rende une nouvelle décision n'aurait eu aucun effet pratique. Si l'affaire avait été renvoyée et qu'un membre différent avait appliqué le bon critère, la demande d'autorisation d'interjeter appel aurait été rejetée, car une décision finale avait déjà été rendue à l'égard de la question de savoir si la demanderesse était invalide au sens de l'alinéa 42(2)a) du Régime. Une nouvelle évaluation de la demande d'autorisation d'interjeter appel de la demanderesse aurait également été rejetée en raison de la tentative de la demanderesse de présenter de « nouveaux faits » pour contester la conclusion selon laquelle elle n'est pas invalide. Si l'on applique la règle de la chose jugée et le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, ni la question de « l'invalidité » de la demanderesse ni celle de la considération des rapports médicaux comme des « nouveaux faits importants » ne peut être débattue à nouveau.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 42(2)(a), 84(1).  
*Department of Employment and Social Development Act*, S.C. 2005, c. 34.  
*Department of Human Resources and Skills Development Act*, S.C. 2005 c. 34, s. 58 (as am. by S.C. 2012, c. 19, s. 224).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c.F-7, s. 18.1.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 400.  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 44(c).  
*Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*, S.C. 2012 c. 19, ss. 258(1), 260, 262.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460.

## CONSIDERED:

*Callihoo v. Canada (Attorney General)*, 2000 CanLII 15292, 190 F.T.R. 114 (F.C.T.D.); *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 2000 SCC 28, [2000] 1 S.C.R. 703.

## REFERRED TO:

*Belo-Alves v. Canada (Social Development)*, 2009 FC 413, 343 F.T.R. 309; *G.B.A. v. Minister of Human Resources and Skills Development*, appeal CP26558, 2010 LNCPE 125 (QL); *Belo Alves v. Canada (Human Resources and Social Development)*, 2011 FCA 169; *Canada (Attorney General) v. Zakaria*, 2011 FC 136; *Pantic v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 591, 390 F.T.R. 97; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Atkinson v. Canada*, 2014 FCA 187, [2015] 3 F.C.R. 461; *Consiglio v. Canada (Human Resources and Skills Development)*, 2014 FC 485; *Martin v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 1999 CanLII 9245, 252 N.R. 141 (F.C.A.); *Prebushevski v. Dodge City Auto (1984) Ltd.*, 2005 SCC 28, [2005] 1 S.C.R. 649; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999]

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 44c).  
*Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, ch. 19, art. 258(1), 260, 262.  
*Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social*, L.C. 2005, ch. 34.  
*Loi sur le ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences*, L.C. 2005, ch. 34, art. 58 (mod. par L.C. 2012, ch. 19, art. 224).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.  
*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 42(2)a), 84(1).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 400.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Callihoo c. Canada (Procureur général)*, 2000 CanLII 15292 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Belo-Alves c. Canada (Développement social)*, 2009 CF 413; *G.B.A. c. Le ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences*, appel CP26558, 2010 LNCCAP 125 (QL); *Belon Alves c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, 2011 CAF 169; *Canada (Procureur général) c. Zakaria*, 2011 CF 136; *Pantic c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 591; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Atkinson c. Canada*, 2014 CAF 187, [2015] 3 R.C.F. 461; *Consiglio c. Canada (Ressources humaines et Développement des compétences)*, 2014 CF 485; *Martin c. Canada (Ministre du Développement des Ressources humaines)*, 1999 CanLII 9245 (C.A.F.); *Prebushevski c. Dodge City Auto (1984) Ltd.*, 2005 CSC 28, [2005] 1 R.C.S. 649; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817;

2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; *Lavoie v. Canada (Minister of the Environment)*, 2002 FCA 268, 43 Admin. L.R. (3d) 209; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77.

*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Lavoie c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2002 CAF 268; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77.

## AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2007.  
*The Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Vol. X, Oxford: Clarendon Press, 1989, "only".

## DOCTRINE CITÉE

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Irwin Law, 2007.  
*The Oxford English Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. vol. X, Oxford : Clarendon Press, 1989, « only ».

APPLICATION for judicial review of a decision of the Social Security Tribunal, Appeal Division, refusing the applicant leave to appeal a decision of a Review Tribunal determining that it did not have the jurisdiction to deal with the matter before it because the issues being raised had already been finally decided by a different Review Tribunal. Application dismissed.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale de refuser la demande d'autorisation du demandeur d'interjeter appel d'une décision d'un tribunal de révision déterminant qu'il n'avait pas compétence pour trancher l'affaire dont il était saisi parce qu'une décision finale avait déjà été rendue par un autre tribunal de révision à l'égard des questions soulevées. Demande rejetée.

## APPEARANCES

Guida Belo Alves on her own behalf.  
*Sarah Jane Harvey* for respondent.

## ONT COMPARU

Guida Belo Alves pour son propre compte.  
*Sarah Jane Harvey* pour le défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

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

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

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

HENEGHAN J.:

LA JUGE HENEGHAN :

## I. INTRODUCTION

[1] Ms. Guida Belo Alves (the applicant) seeks judicial review, pursuant to section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (the *Federal Courts Act*), of a decision dated July 16, 2013 of a Member (the Member) of the Appeal Division of the Social Security Tribunal (the SST or the Tribunal), refusing the applicant leave to appeal a decision of a Review Tribunal (the Review Tribunal). In its decision, the

## I. INTRODUCTION

[1] M<sup>me</sup> Guida Belo Alves (la demanderesse) sollicite le contrôle judiciaire, en application de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (la *Loi sur les Cours fédérales*), d'une décision datée du 16 juillet 2013 par laquelle une membre (la membre du TSS) de la Division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale (le TSS ou le Tribunal) a refusé de lui accorder l'autorisation de porter en appel une décision d'un

Review Tribunal determined that it did not have the jurisdiction to deal with the matter before it because the issues being raised had already been finally decided by a different Review Tribunal, and therefore the principle of *res judicata* applied.

## II. BACKGROUND

[2] This matter has a long and complicated history, arising out of a series of claims made by the applicant for Canada Pension Plan disability benefits (CPP disability benefits), pursuant to paragraph 42(2)(a) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 (the Plan). The following facts are taken from the Tribunal Record and the application records filed by the applicant and the respondent.

[3] The applicant was previously employed as a “systems coordinator” in a dress manufacturing company and a part-time translator for the Immigration Department at the Toronto Airport.

[4] In September 1988, the applicant was involved in a motor vehicle collision. As a result of the collision, the applicant suffered a whiplash type injury. She returned to work after the injury, but required physiotherapy.

[5] In May 1989, the applicant was again involved in another, more serious motor vehicle collision, which resulted in serious injuries to her scalp, neck, back, left foot and knee and right hand. As a result of the injuries, the applicant has had on-going medical issues. She has not worked as of May 6, 1989.

[6] The applicant applied for CPP disability benefits for the first time on October 10, 1995. The applicant’s minimum qualifying period (MQP), that is, the date by which she would have qualified for CPP disability

tribunal de révision (le tribunal de révision). Dans sa décision, ce tribunal avait conclu qu’il n’était pas compétent pour entendre l’affaire qui lui était soumise, parce que les questions soulevées avaient déjà été tranchées de manière définitive par un autre tribunal de révision et que, de ce fait, le principe de la chose jugée s’appliquait.

## II. LE CONTEXTE

[2] La présente affaire est longue et compliquée; elle résulte d’une série de demandes que la demanderesse a présentées en vue d’obtenir des prestations d’invalidité du Régime de pensions du Canada (les prestations d’invalidité du RPC), en vertu de l’alinéa 42(2)a) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 (le Régime). Les faits qui suivent sont tirés du dossier du tribunal ainsi que des dossiers de demande qu’ont déposés la demanderesse et le défendeur.

[3] La demanderesse travaillait auparavant comme [TRADUCTION] « coordonnatrice de systèmes » dans une entreprise de confection de robes, ainsi que comme traductrice à temps partiel pour le ministère de l’Immigration à l’aéroport de Toronto.

[4] En septembre 1988, la demanderesse a été victime d’un accident de la route dans lequel elle a subi une lésion du type « coup du lapin ». Elle est retournée au travail après l’accident, mais a eu besoin de traitements de physiothérapie.

[5] En mai 1989, la demanderesse a été une fois de plus victime d’un accident de la route, plus grave celui-là, qui lui a causé de sérieuses lésions au cuir chevelu, à la nuque, au dos, au pied et au genou gauches ainsi qu’à la main droite. Ces lésions ont entraîné des problèmes de santé récurrents chez la demanderesse, et elle ne travaille pas depuis le 6 mai 1989.

[6] La demanderesse a présenté une première demande de prestations d’invalidité du RPC le 10 octobre 1995. Le début de sa période minimale d’admissibilité (la PMA), c’est-à-dire la date à compter de laquelle elle

benefits by demonstrating she was disabled, was, and remains, December 31, 1996.

[7] The applicant's initial application for CPP disability benefits was denied on December 18, 1995. In a decision dated September 10, 1997, the Minister of Human Resources and Skills Development upheld the denial. The applicant appealed this decision to a Review Tribunal of the Office of the Commissioner of Review Tribunals.

[8] In a decision dated February 25, 1999, the Review Tribunal dismissed the applicant's appeal. The tribunal concluded that the applicant was not precluded from performing some type of substantially gainful employment, and was therefore not disabled within the meaning of paragraph 42(2)(a) of the Plan. Leave to appeal to the Pension Appeals Board was denied.

[9] On May 20, 2003, the applicant submitted a second application for CPP disability benefits. Human Resources and Skills Development Canada denied the applicant's second application for CPP disability benefits on the grounds that the issue was *res judicata*, having already been determined finally by the first Review Tribunal.

[10] The applicant applied to a second Review Tribunal to appeal the denial of her second CPP disability benefits application. At the same time, she made a request to re-open her first appeal on the basis of additional medical reports, which she claimed raised new facts. The hearing before the second Review Tribunal took place on March 10, 2005.

[11] In a decision dated April 12, 2005, the Review Tribunal denied the appeal and the request to re-open the first appeal. It concluded that the issue of the applicant's eligibility for CPP disability benefits was *res judicata*, having been finally decided in the proceedings arising out of the applicant's first application.

aurait eu droit à des prestations d'invalidité du RPC en faisant la preuve qu'elle était invalide, était — et est toujours — le 31 décembre 1996.

[7] La première demande de prestations d'invalidité du RPC de la demanderesse a été rejetée le 18 décembre 1995. Dans une décision datée du 10 septembre 1997, le ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences a confirmé le rejet de sa demande. La demanderesse a porté cette décision en appel devant un tribunal de révision du Bureau du Commissaire des tribunaux de révision.

[8] Dans une décision datée du 25 février 1999, le tribunal de révision a rejeté l'appel de la demanderesse. Il a conclu que rien n'empêchait cette dernière d'exercer une forme quelconque d'occupation véritablement rémunératrice et qu'elle n'était donc pas invalide au sens de l'alinéa 42(2)a) du Régime. La demande d'autorisation d'interjeter appel auprès de la Commission d'appel des pensions a été rejetée.

[9] Le 20 mai 2003, la demanderesse a présenté une deuxième demande de prestations d'invalidité du RPC. Ressources humaines et Développement des compétences Canada a refusé cette deuxième demande au motif qu'il y avait chose jugée, la question ayant déjà été tranchée de manière définitive par le premier tribunal de révision.

[10] La demanderesse a présenté une demande à un deuxième tribunal de révision en vue de porter en appel le refus de sa deuxième demande de prestations d'invalidité du RPC. En même temps, elle a demandé la réouverture de son premier appel en raison de rapports médicaux supplémentaires qui, a-t-elle soutenu, soulevaient des faits nouveaux. L'audience du deuxième tribunal de révision a eu lieu le 10 mars 2005.

[11] Dans une décision datée du 12 avril 2005, le tribunal de révision a rejeté l'appel ainsi que la demande de réouverture du premier appel. Il a conclu que la question de l'admissibilité de la demanderesse à des prestations d'invalidité du RPC était chose jugée, ayant été tranchée de manière définitive dans le cadre de l'instance résultant de la première demande de la demanderesse.



[12] In relation to the new facts application, the Review Tribunal concluded that the reports presented either did not constitute new facts, or were established too long after the applicant's MQP of December 31, 1996 to assist in evaluating her conditions at the time of her MQP.

[13] On December 19, 2007, the applicant applied to the Pension Appeals Board for an extension of time to file an appeal from the second Review Tribunal decision. That application was denied by the Pension Appeals Board in a decision dated May 1, 2007. The applicant applied for judicial review of that decision.

[14] On April 24, 2009, Justice Campbell of the Federal Court [*Belo-Alves v. Canada (Social Development)*, 2009 FC 413, 343 F.T.R. 309] quashed the Pension Appeals Board's decision and sent the matter back for re-determination.

[15] On May 27, 2009, the Pension Appeals Board granted the applicant leave to appeal. On September 16, 2010, the Pension Appeals Board dismissed the appeal [*G.B.A. v. Minister of Human Resources and Skills Development*, appeal CP26558, 2010 LNCPEN 125 (QL)], finding that the evidence submitted by the applicant did not constitute "new facts".

[16] On October 18, 2010, the applicant filed a notice of application for judicial review of the decision of the Pension Appeals Board in the Federal Court of Appeal. On May 18, 2011, the Federal Court of Appeal dismissed the application for judicial review [*Belo Alves v. Canada (Human Resources and Social Development)*, 2011 FCA 169], holding that the Pension Appeal Board's decision reasonably concluded that the reports did not constitute new facts.

[12] Pour ce qui était de la demande fondée sur des faits nouveaux, le tribunal de révision a conclu que les rapports présentés ne constituaient pas des faits nouveaux ou qu'ils avaient été établis trop longtemps après la PMA de la demanderesse, soit le 31 décembre 1996, pour qu'ils aident à évaluer quel était son état à l'époque de sa PMA.

[13] Le 19 décembre 2007, la demanderesse a présenté une demande à la Commission d'appel des pensions en vue d'obtenir une prorogation du délai prévu pour porter en appel la décision du deuxième tribunal de révision. La Commission d'appel des pensions a rejeté cette demande dans une décision datée du 1<sup>er</sup> mai 2007. La demanderesse a présenté une demande de contrôle judiciaire concernant cette décision.

[14] Le 24 avril 2009, le juge Campbell de la Cour fédérale a annulé la décision de la Commission d'appel des pensions [*Belo-Alves c. Canada (Développement social)*, 2009 CF 413] et renvoyé l'affaire en vue d'une nouvelle décision.

[15] Le 27 mai 2009, la Commission d'appel des pensions a accordé à la demanderesse l'autorisation d'interjeter appel. Le 16 septembre 2010, la Commission d'appel des pensions a rejeté l'appel [*G.B.A. c. Le ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences*, appel CP26558, 2010 LNCCAP 125 (QL)], concluant que les preuves que la demanderesse avait présentées ne constituaient pas des « faits nouveaux ».

[16] Le 18 octobre 2010, la demanderesse a déposé auprès de la Cour d'appel fédérale un avis de demande de contrôle judiciaire concernant la décision de la Commission d'appel des pensions. Le 18 mai 2011, la Cour d'appel fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire [*Belo Alves c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, 2011 CAF 169], jugeant que la Commission d'appel des pensions, dans sa décision, avait conclu de manière raisonnable que les rapports ne constituaient pas des faits nouveaux.

[17] On December 19, 2005, the applicant made a third application for CPP disability benefits. The application was denied in a decision dated August 31, 2006. The applicant sought reconsideration of the denial.

[18] In a decision dated January 30, 2007, Human Resources and Skills Development Canada upheld the denial of her application. The applicant once again appealed the decision to the Review Tribunal. The hearing of the third appeal was held in abeyance until various appeals in relation to her second application for CPP disability benefits were resolved.

[19] On July 31, 2012, the hearing for the denial of the applicant's third claim for CPP disability benefits took place before the Review Tribunal. Its decision was issued on September 21, 2012, with the Review Tribunal finding that it had no jurisdiction to review all the evidence and substitute its decision for that of the first Review Tribunal. It found that the issue was already decided, and was therefore *res judicata*.

[20] On December 17, 2012, the applicant applied to the Pension Appeals Board for leave to appeal the decision of the third Review Tribunal.

[21] On April 1, 2013, the Office of the Commissioner of Review Tribunals and the Pension Appeals Board were replaced by the Social Security Tribunal—General Division and Social Security Tribunal—Appeal Division. Pursuant to section 260, which is a transitional provision of the enabling legislation, the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19 (the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*) the applicant's application for leave to appeal was treated as if it had been filed with the SST on April 1, 2013.

[22] On July 16, 2013, the SST dismissed the applicant's application for leave to appeal.

[17] Le 19 décembre 2005, la demanderesse a présenté une troisième demande de prestations d'invalidité du RPC, et cette demande a été rejetée dans une décision datée du 31 août 2006. La demanderesse a sollicité le réexamen du refus.

[18] Dans une décision datée du 30 janvier 2007, Ressources humaines et Développement des compétences Canada a confirmé le refus de la demande. La demanderesse a porté une fois de plus en appel la décision auprès du tribunal de révision. L'audition de ce troisième appel a été mise en suspens en attendant le règlement de divers appels liés à sa deuxième demande de prestations d'invalidité du RPC.

[19] Le 31 juillet 2012, l'audition du refus de la troisième demande de prestations d'invalidité du RPC de la demanderesse a eu lieu devant le tribunal de révision. Dans sa décision du 21 septembre 2012, ce tribunal a conclu qu'il n'était pas compétent pour examiner la totalité des preuves et substituer sa décision à celle du premier tribunal de révision. Il a conclu que la question avait déjà été tranchée et qu'elle était donc chose jugée.

[20] Le 17 décembre 2012, la demanderesse a demandé à la Commission d'appel des pensions l'autorisation de porter en appel la décision du troisième tribunal de révision.

[21] Le 1<sup>er</sup> avril 2013, le Bureau du Commissaire des tribunaux de révision et la Commission d'appel des pensions ont respectivement été remplacés par le Tribunal de la sécurité sociale — Division générale et par le Tribunal de la sécurité sociale — Division d'appel. Conformément à l'article 260, qui est une disposition transitoire de la loi habilitante, soit la *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, ch. 19 (la LECPD), la demande d'autorisation d'interjeter appel de la demanderesse a été traitée comme si elle avait été déposée auprès du TSS le 1<sup>er</sup> avril 2013.

[22] Le 16 juillet 2013, le TSS a rejeté la demande d'autorisation d'interjeter appel qui avait été présentée par la demanderesse.

[23] On August 8, 2013, the applicant filed her notice of application for judicial review in the Federal Court of Appeal. In an order dated October 31, 2013, Justice Stratas of the Federal Court of Appeal transferred the application for judicial review to the Federal Court. On November 14, 2013, Justice Roy of the Federal Court made an order to amend the style of cause.

### III. THE DECISION UNDER REVIEW

[24] In her decision, the Member of the SST provided a brief history of the proceedings leading up to the applicant's application for leave to appeal the decision of the Review Tribunal.

[25] Pursuant to subsection 58(2) [as am. by S.C. 2012, c. 19, s. 224] of the *Department of Human Resources and Skills Development Act*, S.C. 2005 c. 34 (the DHRSDA) the Member identified the issue as whether the appeal from the Review Tribunal's decision of September 21, 2012 had a reasonable chance of success.

[26] The Member held that the application would be examined on the basis of the legitimate expectations of the applicant at the time the leave application was filed with the Pension Appeals Board. As such, the determination of whether the application had a reasonable chance of success would be evaluated as a *de novo* appeal, pursuant to subsection 84(1) of the Plan, as it read immediately before April 1, 2013.

[27] The Member noted that adducing new evidence, and demonstrating an error of law or a significant error of fact can demonstrate that an appeal has a reasonable chance of success, relying in this regard on the decision in *Canada (Attorney General) v. Zakaria*, 2011 FC 136.

[23] Le 8 août 2013, la demanderesse a déposé son avis de demande de contrôle judiciaire auprès de la Cour d'appel fédérale. Par une ordonnance datée du 31 octobre 2013, le juge Stratas, de cette Cour, a transféré à la Cour fédérale la demande de contrôle judiciaire. Le 14 novembre 2013, le juge Roy, de la Cour fédérale, a rendu une ordonnance en vue de modifier l'intitulé de la cause.

### III. LA DÉCISION FAISANT L'OBJET DU PRÉSENT CONTRÔLE

[24] Dans sa décision, la membre du TSS a brièvement récapitulé les instances qui ont conduit à la demande présentée par la demanderesse en vue d'obtenir l'autorisation d'interjeter appel de la décision du tribunal de révision.

[25] Conformément au paragraphe 58(2) [mod. par L.C. 2012, ch. 19, art. 224] de la *Loi sur le ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences*, L.C. 2005, ch. 34 (la LMRHDC), la membre du TSS a indiqué que la question en litige consistait à savoir si l'appel relatif à la décision du 21 septembre 2012 du tribunal de révision avait une chance raisonnable de succès.

[26] La membre du TSS a conclu que la demande serait examinée en fonction des attentes légitimes de la demanderesse à l'époque du dépôt de la demande d'autorisation auprès de la Commission d'appel des pensions. Par conséquent, la question de savoir si la demande avait une chance raisonnable de succès serait examinée comme un nouvel appel, conformément au paragraphe 84(1) du Régime, tel qu'il était libellé juste avant le 1<sup>er</sup> avril 2013.

[27] La membre du TSS a fait remarquer que le fait de produire de nouveaux éléments de preuve et de démontrer qu'une erreur de droit ou une erreur de fait importante a été commise peut dénoter qu'un appel a une chance raisonnable de succès, en invoquant à cet égard la décision *Canada (Procureur général) c. Zakaria*, 2011 CF 136.

[28] In response to the applicant's argument that her matter was not properly considered at prior hearings before the third Review Tribunal, the Member found that the decisions of the previous Review Tribunals were final, and that the Review Tribunal did not have jurisdiction to consider issues relating to those decisions.

[29] The Member concluded that the applicant's argument that the third Review Tribunal did not return the Review Tribunal file to her was not a ground of appeal that had a reasonable chance of success. The Member found there was also no reasonable chance of success for the applicant's argument related to the administrative procedures with the Plan disability appeal process. The Member noted that neither argument presented new evidence, nor pointed to a reviewable error in fact or law by the Review Tribunal.

[30] The Member found there was no merit to the applicant's argument that the Review Tribunal did not provide a complete file for the hearing. The Member observed that it is the obligation of the parties to a proceeding to ensure that the tribunal has all relevant material before it.

[31] Finally, the Member considered the applicant's argument that the Review Tribunal discriminated against her and her children. The Member found the applicant's arguments relative to this complaint to be unclear, and consequently, did not have a reasonable chance of success. In this regard, the Member relied on the decision in *Pantic v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 591, 390 F.T.R. 97.

[32] The Member refused the application for leave to appeal on the basis that the applicant had not produced any new evidence, nor pointed to an error in fact or law, nor presented any argument that would have a reasonable chance of success.

[28] En réponse à l'argument de la demanderesse selon lequel son dossier n'avait pas été examiné convenablement lors d'audiences antérieures à celle du troisième tribunal de révision, la membre du TSS a conclu que les décisions des tribunaux de révision antérieurs étaient définitives et que le tribunal de révision n'était pas compétent pour examiner des questions liées à ces décisions.

[29] La membre du TSS a conclu que l'argument de la demanderesse selon lequel le troisième tribunal de révision ne lui avait pas renvoyé le dossier du tribunal de révision n'était pas un motif d'appel qui avait une chance raisonnable de succès. Elle a conclu que l'argument de la demanderesse se rapportant aux procédures administratives du processus d'appel en matière d'invalidité du Régime n'avait lui non plus aucune chance raisonnable de succès. Elle a fait remarquer que ni l'un ni l'autre des deux arguments ne présentait de nouveaux éléments de preuve, ni ne faisait état d'une erreur de fait ou de droit susceptible de contrôle que le tribunal de révision aurait commise.

[30] La membre du TSS a conclu que l'argument de la demanderesse selon lequel le tribunal de révision n'avait pas fourni un dossier complet en vue de l'audience était sans fondement. Elle a fait remarquer que les parties à une instance sont tenues de veiller à ce que le tribunal dispose de tous les documents pertinents.

[31] Enfin, la membre du TSS a examiné l'argument de la demanderesse selon lequel le tribunal de révision avait fait preuve de discrimination à son endroit ainsi qu'à l'endroit de ses enfants. Elle a conclu que les arguments de la demanderesse à l'appui de cette plainte étaient vagues et qu'ils n'avaient pas de chance raisonnable de succès. À cet égard, elle s'est fondée sur la décision *Pantic c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 591.

[32] La membre du TSS a refusé la demande d'autorisation d'interjeter appel au motif que la demanderesse n'avait pas produit de nouveaux éléments de preuve, qu'elle n'avait pas fait état d'une erreur de fait ou de droit et qu'elle n'avait présenté aucun argument qui aurait une chance raisonnable de succès.

## IV. RELEVANT LEGISLATION

[33] The following legislation is relevant to this application for judicial review.

[34] Paragraph 42(2)(a) of the Plan states:

**42. ...**

When  
person  
deemed  
disabled

(2) For the purposes of this Act,

(a) a person shall be considered to be disabled only if he is determined in prescribed manner to have a severe and prolonged mental or physical disability, and for the purposes of this paragraph,

(i) a disability is severe only if by reason thereof the person in respect of whom the determination is made is incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation, and

(ii) a disability is prolonged only if it is determined in prescribed manner that the disability is likely to be long continued and of indefinite duration or is likely to result in death; and

[35] Sections 260 and 262 of the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act* state:

Leave to  
appeal  
— Social  
Security  
Tribunal

**260. Any application for leave to appeal filed before April 1, 2013 under subsection 83(1) of the Canada Pension Plan, as it read immediately before the coming into force of section 229, is deemed to be an application for leave to appeal filed with the Appeal Division of the Social Security Tribunal on April 1, 2013, if no decision has been rendered with respect to leave to appeal.**

...

## IV. LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

[33] Les dispositions législatives qui suivent sont pertinentes dans le cas de la présente demande de contrôle judiciaire.

[34] L'alinéa 42(2)a) du Régime est libellé ainsi :

**42. [...]**

(2) Pour l'application de la présente loi :

Personne  
déclarée  
invalide

a) une personne n'est considérée comme invalide que si elle est déclarée, de la manière prescrite, atteinte d'une invalidité physique ou mentale grave et prolongée, et pour l'application du présent alinéa :

(i) une invalidité n'est grave que si elle rend la personne à laquelle se rapporte la déclaration régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice,

(ii) une invalidité n'est prolongée que si elle est déclarée, de la manière prescrite, devoir vraisemblablement durer pendant une période longue, continue et indéfinie ou devoir entraîner vraisemblablement le décès;

[35] Les articles 260 et 262 de la LECPD est libellé ainsi :

**260. Toute demande de permission d'interjeter appel présentée avant le 1<sup>er</sup> avril 2013, au titre du paragraphe 83(1) du Régime de pensions du Canada, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de l'article 229, est réputée être une demande de permission d'en appeler présentée le 1<sup>er</sup> avril 2013 à la division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale si aucune décision n'a été rendue relativement à cette demande.**

Demande  
d'appel  
— Tribunal  
de la sécurité  
sociale

[...]

Continued application

**262. The provisions of the Canada Pension Plan and Old Age Security Act repealed by this Act, and their related regulations, continue to apply to appeals of which a Review Tribunal or the Pension Appeals Board remains seized under this Act, with any necessary adaptations.**

[Boldface in original.]

[36] The DHRSDA, which is the legislation governing the SST, has since been renamed [in S.C. 2013, c. 40, s. 205] the *Department of Employment and Social Development Act*, S.C. 2005, c. 34. However, the relevant provisions of the statute have not changed. In any event, at the time the Member made her decision, subsections 58(1) [as am. by S.C. 2012, c. 19, s. 224] and 58(2) of the DHRSDA read as follows:

Grounds of appeal

**58.** (1) The only grounds of appeal are that

(a) the General Division failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;

(b) the General Division erred in law in making its decision, whether or not the error appears on the face of the record; or

(c) the General Division based its decision on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

Criteria

(2) Leave to appeal is refused if the Appeal Division is satisfied that the appeal has no reasonable chance of success.

## V. ISSUES

[37] This application for judicial review raises the following two issues:

Application continue

**262. Les dispositions du Régime de pensions du Canada et de la Loi sur la sécurité de la vieillesse abrogées par la présente loi et leurs règlements continuent de s'appliquer, avec les adaptations nécessaires, aux appels dont un tribunal de révision ou la Commission d'appel des pensions demeure saisi au titre de la présente loi.**

[En caractère gras dans l'original.]

[36] La LMRHDC, qui est la loi régissant le TSS, a depuis ce temps été renommée [dans L.C. 2013, ch. 40, art. 205] la *Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social*, L.C. 2005, ch. 34. Toutefois, les dispositions applicables de la loi n'ont pas changé. Quoi qu'il en soit, à l'époque où la membre du TSS a rendu sa décision, le libellé des paragraphes 58(1) [mod. par L.C. 2012, ch. 19, art. 224] et 58(2) de la LMRHDC était le suivant :

**58.** (1) Les seuls moyens d'appel sont les suivants :

a) la division générale n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;

b) elle a rendu une décision entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier;

c) elle a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

Moyen d'appel

(2) La division d'appel rejette la demande de permission d'en appeler si elle est convaincue que l'appel n'a aucune chance raisonnable de succès.

Critère

## V. LES QUESTIONS EN LITIGE

[37] La présente demande de contrôle judiciaire souève les questions suivantes :



1. What is the appropriate standard of review; and
2. Did the SST commit a reviewable error in refusing the applicant's application for leave to appeal the decision of the third Review Tribunal.

## VI. SUBMISSIONS

### A. *Applicant's Submissions*

[38] The applicant did not make submissions on the appropriate standard of review.

[39] The applicant argues that the SST erred in denying her application for leave to appeal. She submits that she is disabled within the meaning of paragraph 42(2)(a) of the Plan, and that she should be allowed to submit certain medical reports that she considers new facts, in order to show that she is disabled.

[40] The applicant submits that these reports raise new material facts that were not previously discoverable with reasonable diligence. She argues that there are certain disability claims that must be assessed as a claimant's condition, treatment, and prognosis evolve.

[41] As well, the applicant pleads that there have been breaches of procedural fairness. She argues that the refusal to admit the reports has denied her the right to a fair hearing.

[42] The applicant also argues that certain information that she requested from the Minister and the Office of the Commissioner of Review Tribunals was not produced. As well, she submits that the condition of the Review Tribunal file, concerning her third application for CPP disability benefits, gave rise to a breach of procedural fairness because the pages were not numbered.

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. Le TSS a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle en rejetant la demande d'autorisation d'interjeter appel de la décision du troisième tribunal de révision qu'avait présentée la demanderesse?

## VI. LES OBSERVATIONS PRÉSENTÉES

### A. *Les observations de la demanderesse*

[38] La demanderesse n'a pas présenté d'observations sur la norme de contrôle applicable.

[39] La demanderesse soutient que le TSS a commis une erreur en rejetant sa demande d'autorisation d'interjeter appel. Elle soutient qu'elle est invalide au sens de l'alinéa 42(2)a) du Régime et qu'on devrait l'autoriser à produire certains rapports médicaux qu'elle considère comme des faits nouveaux, pour qu'elle puisse démontrer qu'elle est invalide.

[40] La demanderesse prétend que ces rapports soulèvent de nouveaux faits importants qu'on n'aurait pas pu découvrir plus tôt en faisant preuve de diligence raisonnable. Elle allègue que certaines demandes d'invalidité doivent être évaluées à mesure que l'état, le traitement et le pronostic de la personne évoluent.

[41] En outre, la demanderesse fait valoir que des manquements à l'équité procédurale ont été commis. Elle ajoute que le refus d'admettre les rapports en preuve l'a privée du droit à une audience équitable.

[42] La demanderesse soutient par ailleurs que certains renseignements qu'elle a demandés au ministre et au Bureau du commissaire des tribunaux de révision n'ont pas été produits. En outre, l'état du dossier du tribunal de révision relativement à sa troisième demande de prestations d'invalidité du RPC donnait lieu à un manquement à l'équité procédurale, car les pages n'étaient pas numérotées.

### B. Respondent's Submissions

[43] The respondent submits that the appropriate standard of review of the decision to deny leave to appeal is reasonableness.

[44] The respondent then argues that the issue of whether the Tribunal selected the correct test for granting leave to appeal is likewise reviewable on the standard of reasonableness. In this regard, he relies on the decisions in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 30 and *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559.

[45] The respondent submits that previously, the test for leave to appeal was whether there was an “arguable case”. Pursuant to subsection 58(2) of the DHRSDA, there is a new test for granting leave to appeal, that is whether the appeal has a “reasonable chance of success.” Subsection 58(1) specifically sets out the grounds for appeal, that is a failure to observe a principle of natural justice; an error of law; or an erroneous finding of fact made in a perverse or capricious manner. The new test does not include the submission and consideration of new evidence.

[46] The respondent argues that although the Member appears to have analysed the applicant's application for leave based on the former test, the grounds of appeal set out in subsection 58(1) of the DHRSDA were still addressed in her decision.

[47] He submits that the doctrine of *res judicata* applies, and that the Member's decision to deny leave was reasonable. As well, he argues that the applicant has failed to provide new facts that would justify re-opening the decision of the first Review Tribunal, and that the SST had no authority to reconsider the issues that were before the previous two Review Tribunals or the Pension Appeals Board.

[48] Further, the respondent submits that the applicant does not have a reasonable chance of success in the

### B. Les observations du défendeur

[43] Le défendeur est d'avis que la norme de contrôle qui s'applique à la décision de refuser l'autorisation d'interjeter appel est la raisonnablement.

[44] Le défendeur prétend ensuite que la question de savoir si le Tribunal a choisi le bon critère relativement à l'autorisation d'interjeter appel est elle aussi susceptible de contrôle selon la norme de la raisonnablement. Il se fonde à cet égard sur deux arrêts : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 30, et *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559.

[45] Le défendeur soutient que, dans le passé, le critère applicable à l'autorisation d'interjeter appel était celui de savoir s'il existait une « cause défendable ». Selon le paragraphe 58(2) de la LMRHDC, il existe un nouveau critère pour accorder cette autorisation, et il s'agit de savoir si l'appel à une « chance raisonnable de succès ». Le paragraphe 58(1) énonce expressément quels sont les motifs d'appel : le défaut d'observer un principe de justice naturelle, une erreur de droit, et une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire. Le nouveau critère n'inclut pas la présentation et l'examen de nouveaux éléments de preuve.

[46] Le défendeur ajoute que, bien que le membre du TSS semble avoir analysé la demande d'autorisation de la demanderesse en se fondant sur l'ancien critère, elle a quand même examiné dans sa décision les motifs d'appel énoncés au paragraphe 58(1) de la LMRHDC.

[47] Il soutient que le principe de la chose jugée s'applique et que la décision de la membre du TSS de refuser l'autorisation est raisonnable. De plus, la demanderesse n'a pas présenté de faits nouveaux qui justifieraient la réouverture de la décision du premier tribunal de révision, et le TSS n'est pas habilité à réexaminer les questions qui ont été soumises aux deux tribunaux de révision antérieurs ou à la Commission d'appel des pensions.

[48] De plus, le défendeur soutient que la demanderesse n'a aucune chance raisonnable de succès dans le

present application because previous proceedings have already determined that the evidence presented by the applicant, specifically the reports of Drs. Esperanca and Brock and the sleep analysis report, do not constitute new facts. That issue is *res judicata*.

[49] Finally, the respondent submits that the applicant's complaint that the third Review Tribunal did not return the tribunal file to her is an administrative complaint that is irrelevant to this application. The respondent argues that this complaint is not a ground of appeal that has a reasonable chance of success.

## VII. DISCUSSION AND DISPOSITION

[50] I will first address the applicant's arguments about procedural fairness. Issues of procedural fairness are reviewable on the standard of correctness; see the decision in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 43.

[51] In my opinion, there has been no breach of procedural fairness in respect of the preparation of the tribunal record. The fact that pages were not numbered in the Review Tribunal's file is immaterial and does not give rise to a breach of procedural fairness.

[52] Further, the fact that the records were not admitted into the record is an issue related to the merits of the decision since those records were deemed to not constitute new facts. That issue is *res judicata*. It is not a procedural fairness issue.

[53] I will now consider the decision of the SST to refuse the applicant's application for leave to appeal.

[54] The SST is a new federal tribunal that replaced the Pension Appeals Board as of April 1, 2013 pursuant to section 260 of the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*.

cadre de la présente demande, car il avait été décidé lors d'instances antérieures que les éléments de preuve que la demanderesse a présentés, plus précisément les rapports des D<sup>rs</sup> Esperanca et Brock ainsi que le rapport d'analyse du sommeil, ne constituent pas des faits nouveaux. Cette question est chose jugée.

[49] Enfin, le défendeur fait valoir que la plainte de la demanderesse selon laquelle le troisième tribunal de révision ne lui a pas renvoyé le dossier du tribunal est de nature administrative, et qu'elle n'a rien à voir avec la présente demande. Cette plainte, ajoute-t-il, n'est pas un motif d'appel qui a une chance raisonnable de succès.

## VII. L'ANALYSE ET LA DÉCISION

[50] Je traiterai en premier des arguments de la demanderesse à propos de l'équité procédurale. Les questions liées à l'équité procédurale sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte; voir l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 43.

[51] À mon avis, il n'y a pas eu de manquement à l'équité procédurale en ce qui concerne la préparation du dossier du tribunal. Le fait que les pages de ce dossier n'étaient pas numérotées est sans importance et ne donne pas lieu à un manquement à l'équité procédurale.

[52] De plus, le fait que les documents n'ont pas été intégrés au dossier est une question liée au bien-fondé de la décision, puisqu'on a jugé que ces documents ne constituaient pas des faits nouveaux. Cette question est chose jugée. Il ne s'agit pas d'une question d'équité procédurale.

[53] J'examinerai maintenant la décision du TSS de rejeter la demande d'autorisation d'interjeter appel qu'avait présentée la demanderesse.

[54] Le TSS est un nouveau tribunal administratif fédéral qui a remplacé la Commission d'appel des pensions le 1<sup>er</sup> avril 2013, en application de l'article 260 de la LECPD.

[55] Although the SST is a new tribunal, it shares similar functions with its predecessor, the Pension Appeals Board, including the interpretation and application of the Plan; see the decision in *Atkinson v. Canada*, 2014 FCA 187, [2015] 3 F.C.R. 461.

[56] The grounds for appeal and the test for granting leave to appeal have changed under the new legislation; however, the process for applying for leave to appeal is substantially similar to that of the previous regime and as such, the same analysis will continue to apply in judicial review of decisions made under the new scheme.

[57] Under the previous scheme, this Court held that judicial review of decisions to grant or refuse an application for leave to appeal involves a two-step inquiry. First, the Court must ask whether the tribunal applied the correct test, and second, whether a reviewable error was made in determining whether the requirements of the test were made out; see the decision in *Consiglio v. Canada (Human Resources and Skills Development)*, 2014 FC 485, at paragraph 20.

[58] The first question, that is whether the correct test was applied, is reviewable on the correctness standard; see the decision in *Zakaria*, above, at paragraph 35. The first stage does not involve an inquiry into the merits of the decision; see the decision in *Callihoo v. Canada (Attorney General)*, 2000 CanLII 15292, 190 F.T.R. 114 (F.C.T.D.), at paragraph 15. The second question of whether the test was properly applied is subject to review on a standard of reasonableness; see the decision in *Consiglio*, above, at paragraph 25.

[59] I do not agree with the submissions of the respondent that the first question is reviewable on a standard of reasonableness.

[60] Although granting or refusing leave to appeal involves an interpretation of the SST's home statute, the question of whether the correct test was selected by the

[55] Même si le TSS est un nouveau tribunal administratif, ses fonctions sont semblables à celles de sa prédécesseure, la Commission d'appel des pensions, et cela inclut l'interprétation et l'application du Régime; voir l'arrêt *Atkinson c. Canada*, 2014 CAF 187, [2015] 3 R.C.F. 461.

[56] Sous le régime de la nouvelle loi, les motifs d'appel ainsi que le critère appliqué pour accorder l'autorisation d'interjeter appel ont changé; cependant, le processus à suivre pour demander cette autorisation est essentiellement semblable à celui du régime antérieur et, de ce fait, l'analyse continuera d'être la même dans le cadre du contrôle judiciaire des décisions rendues sous le nouveau régime.

[57] Dans le cadre de l'ancien régime, la Cour a conclu que le contrôle judiciaire d'une décision d'accueillir ou de rejeter une demande d'autorisation d'interjeter appel comporte un examen en deux étapes. La Cour doit, premièrement, se demander si le tribunal administratif a appliqué le bon critère et, deuxièmement, si une erreur susceptible de contrôle a été commise au moment d'établir si les exigences du critère ont été remplies; voir la décision *Consiglio c. Canada (Ressources humaines et Développement des compétences)*, 2014 CF 485, au paragraphe 20.

[58] La première question, soit celle de savoir le bon critère a été appliqué, est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte; voir la décision *Zakaria*, précitée, au paragraphe 35. La première étape ne comporte pas un examen de la décision sur le fond; voir la décision *Callihoo c. Canada (Procureur général)*, 2000 CanLII 15292 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 15. La seconde question, soit celle de savoir si le critère a été appliqué correctement, est susceptible de contrôle selon la norme de la raisonabilité; voir la décision *Consiglio*, précitée, au paragraphe 25.

[59] Je ne souscris pas aux observations du défendeur selon lesquelles la première question est susceptible de contrôle selon la norme de la raisonabilité.

[60] Même si le fait d'accorder ou de refuser l'autorisation d'interjeter appel comporte une interprétation de la loi habilitante du TSS, la question de savoir si la

Member only has two possible outcomes: either the correct test was selected or it was not. Adoption of the reasonableness standard could lead to uncertainty as to what test is to be applied in deciding to grant leave. Earlier jurisprudence applied the correctness standard of review to the question of choosing the right test.

[61] I will first address whether the Member selected the correct test for assessing the application for leave to appeal. In my opinion, she did not.

[62] At paragraph 7 of the decision, the Member said the following:

To ensure fairness, the Application will be examined based on the Applicant's legitimate expectations at the time of its filing with the PAB. For this reason, the determination of whether the appeal has a reasonable chance of success will be made on the basis of an appeal *de novo* in accordance with subsection 84(1) of the Canada Pension Plan (CPP) as it read immediately before April 1, 2013.

[63] The test for granting leave to appeal under the current legislation is to be discerned from the provisions of the DHRSDA. The new legislation speaks of a "reasonable chance of success"; see the DHRSDA, at subsection 58(2).

[64] The test under the former regime was one developed by the jurisprudence, that is, at common law. It required an appellant to show that an appeal raised "an arguable case"; see the decision in *Martin v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 1999 CanLII 9245, 252 N.R. 141 (F.C.A.).

[65] Under the former regime an appellant could rely on the submission of new material facts to establish an arguable case. I refer to the decision in *Callihoo*, above, at paragraph 15 where the Court said the following:

membre du TSS a choisi le bon critère n'a que deux issues possibles : soit que le bon critère a été choisi, soit qu'il ne l'a pas été. L'adoption de la norme de la raisonabilité pourrait susciter une certaine incertitude quant au critère qu'il convient d'appliquer pour décider d'accorder l'autorisation. Dans la jurisprudence antérieure, c'est la norme de la décision correcte qui a été appliquée à la question du choix du critère approprié.

[61] Je traiterai tout d'abord du fait de savoir si la membre du TSS a choisi le bon critère pour évaluer la demande d'autorisation d'interjeter appel. À mon avis, cela n'a pas été le cas.

[62] Au paragraphe 7 de la décision, la membre du TSS a déclaré :

[TRADUCTION] Pour garantir l'équité, la demande sera examinée en fonction des attentes légitimes du demandeur au moment du dépôt de sa demande d'appel devant la CAP. Pour cette raison, la décision visant à déterminer si l'appel a une chance raisonnable de succès sera rendue sur la base d'un appel *de novo* en application du paragraphe 84(1) du *Régime de pensions du Canada* (la Loi) dans sa version antérieure au 1<sup>er</sup> avril 2013.

[63] Le critère applicable pour ce qui est de l'autorisation d'interjeter appel selon la loi actuellement en vigueur doit être distingué des dispositions de la LMRHDC. Il est question dans la nouvelle loi d'une « chance raisonnable de succès »; voir le paragraphe 58(2) de la LMRHDC.

[64] Dans l'ancien régime, le critère avait été établi par la jurisprudence, c'est-à-dire en common law. Il obligeait l'appelant à démontrer qu'un appel soulevait une « cause défendable »; voir l'arrêt *Martin c. Canada (Ministre du Développement des Ressources humaines)*, 1999 CanLII 9245 (C.A.F.).

[65] Dans le cadre de l'ancien régime, l'appelant pouvait se fonder sur la présentation de nouveaux faits importants pour établir que sa cause était défendable. Je renvoie à la décision *Callihoo*, précitée, au paragraphe 15, où la Cour a déclaré :

On the basis of this recent jurisprudence, in my view the review of a decision concerning an application for leave to appeal to the PAB involves two issues,

1. whether the decision maker has applied the right test – that is, whether the application raises an arguable case without otherwise assessing the merits of the application, and

2. whether the decision maker has erred in law or in appreciation of the facts in determining whether an arguable case is raised. If new evidence is adduced with the application, if the application raises an issue of law or of relevant significant facts not appropriately considered by the Review Tribunal in its decision, an arguable issue is raised for consideration and it warrants the grant of leave.

[66] The test for obtaining leave to appeal has changed. Insofar as the “arguable case” test was developed by decisions of the Courts, it is subject to statutory override. In the event of a conflict between legislation and the common law, the legislation will prevail; see Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 2nd ed. (Toronto: Irwin Law, 2007), at pages 313–314.

[67] The Supreme Court of Canada has held that there is no basis for imputing common law tests into statutory provisions where the legislature has clearly designed the provisions so as to replace the common law; see the decision in *Prebushekski v. Dodge City Auto (1984) Ltd.*, 2005 SCC 28, [2005] 1 S.C.R. 649, at paragraph 37.

[68] In my opinion, the Member erred when she considered the applicant’s leave application on the basis of her expectations at the time of filing her application for leave to appeal, and in accordance with subsection 84(1) of the Plan as it read immediately before April 1, 2013.

[69] Pursuant to section 260, which is a transitional provision of the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*, the applicant’s application for leave to appeal was deemed to be filed with the SST on April 1, 2013.

Sur le fondement de cette jurisprudence récente, je suis d’avis que le contrôle d’une décision relative à une demande d’autorisation d’interjeter appel à la CAP donne lieu à deux questions :

1. la question de savoir si le décideur a appliqué le bon critère, c’est-à-dire la question de savoir si la demande a des chances sérieuses d’être accueillie, sans que le fond de la demande soit examiné;

2. la question de savoir si le décideur a commis une erreur de droit ou d’appréciation des faits au moment de déterminer s’il s’agit d’une demande ayant des chances sérieuses d’être accueillie. Dans le cas où une nouvelle preuve est présentée lors de la demande, si la demande soulève une question de droit ou un fait pertinent qui n’a pas été pris en considération de façon appropriée par le tribunal de révision dans sa décision, une question sérieuse est soulevée et elle justifie d’accorder l’autorisation.

[66] Le critère relatif à l’obtention de l’autorisation d’interjeter appel a changé. Le critère de la « cause défendable » peut être écarté par la loi, du fait qu’il a été établi par des décisions judiciaires. S’il y a conflit entre la loi et la common law, c’est la loi qui l’emporte; voir Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Irwin Law, 2007), aux pages 313 et 314.

[67] La Cour suprême du Canada a statué que rien ne justifie d’incorporer les critères prévus par la common law lorsque le législateur a clairement conçu les dispositions pour qu’elles remplacent la common law; voir l’arrêt *Prebushekski c. Dodge City Auto (1984) Ltd.*, 2005 CSC 28, [2005] 1 R.C.S. 649, au paragraphe 37.

[68] À mon avis, la membre du TSS a commis une erreur en examinant la demande d’autorisation de la demanderesse sous l’angle des attentes qu’avait cette dernière au moment du dépôt de sa demande d’autorisation d’interjeter appel, et conformément au paragraphe 84(1) du Régime, tel qu’il était libellé juste avant le 1<sup>er</sup> avril 2013.

[69] Aux termes de l’article 260, qui est une disposition transitoire de la LECPD, il a été considéré que la demande d’autorisation d’interjeter appel de la demanderesse avait été déposée auprès du TSS le 1<sup>er</sup> avril 2013.



[70] Pursuant to subsection 58(2) of the DHRSDA, which is the legislation governing appeals to the SST, leave to appeal to the SST is refused if the appeal has no reasonable chance of success. This means that the critical factor in obtaining leave to appeal is a reasonable chance of success.

[71] Pursuant to subsection 58(1), there are now only three grounds of appeal, first, a breach of natural justice; second, an error in law; and third, an erroneous finding of fact made in a perverse and capricious manner.

[72] The use of the word “only” in subsection 58(1) of the DHRSDA means that no other grounds of appeal may be considered. *The Oxford English Dictionary*, Vol. X, 2nd ed. *sub verbo* “only”, defines “only” as “a single or solitary thing or fact; no one or nothing more or else than ... *Only* may limit the statement to a single or defined person, thing, or number (*a*) as distinguished from *more*, or (*b*) as opposed to any *other*.”

[73] Under the current legislation, an appeal will only have a reasonable chance of success if it is based on one of the three enumerated grounds. This test is narrower than the test that was previously applied, which did not list grounds of appeal. Adducing new evidence is no longer a ground of appeal, and the Member erred in considering it as such.

[74] In her decision denying leave to appeal, the Member did not refer to subsection 58(1) of the DHRSDA. Rather, she relied on the common law factors of adducing new evidence, or demonstrating an error of law or significant error of fact, as addressed in *Zakaria*, above.

[75] In my opinion, the Member was required to apply the test set out in section 58 of the DHRSDA. She did not have discretion to deviate from that statutory regime and apply the former test, notwithstanding the fact that

[70] Conformément au paragraphe 58(2) de la LMRHDC, c’est-à-dire la loi régissant les appels interjetés auprès du TSS, l’autorisation d’interjeter appel auprès de ce tribunal est refusée si l’appel n’a aucune chance raisonnable de succès. Cela veut dire que le facteur crucial, pour ce qui est de l’obtention de l’autorisation d’interjeter appel, est la chance raisonnable de succès.

[71] Aux termes du paragraphe 58(1), il n’existe aujourd’hui que trois motifs d’appel : premièrement, un manquement à la justice naturelle, deuxièmement, une erreur de droit et, troisièmement, une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire.

[72] L’emploi du mot « seuls » au paragraphe 58(1) de la LMRHDC (« *only* » en anglais) signifie qu’aucun autre motif d’appel ne peut être pris en considération. Selon *The Oxford English Dictionary*, vol. X, 2<sup>e</sup> éd., le mot « *only* » désigne [TRADUCTION] « une chose ou un fait unique; personne ou rien de plus que [...]. [Ce mot] peut restreindre un énoncé à une personne, une chose ou un nombre défini et unique a) contrairement à *plus*, ou b) par opposition à tout *autre* ».

[73] Selon la loi actuellement en vigueur, un appel n’a une chance raisonnable de succès que s’il repose sur l’un des trois motifs énumérés. Ce critère est plus étroit que celui que l’on appliquait antérieurement, qui n’enumérait pas de motifs d’appel. La production de nouveaux éléments de preuve n’est plus un motif d’appel, et la membre du TSS a commis une erreur en examinant la situation sous cet angle.

[74] Dans sa décision de rejeter l’autorisation d’interjeter appel, la membre du TSS n’a pas fait référence au paragraphe 58(1) de la LMRHDC. Elle s’est plutôt fondée sur les facteurs tirés de la common law que sont le fait de produire de nouveaux éléments de preuve ou de démontrer l’existence d’une erreur de droit ou d’une erreur de fait importante, comme il en a été question dans la décision *Zakaria*, précitée.

[75] À mon avis, la membre du TSS était tenue d’appliquer le critère énoncé à l’article 58 de la LMRHDC. Elle n’avait pas le pouvoir discrétionnaire de s’écarter de ce régime législatif et d’appliquer l’ancien

the applicant applied for leave to appeal prior to the introduction of new legislation governing applications for leave to appeal under the Plan. I find that the Member erred by failing to apply the correct test in determining whether or not to grant the applicant's application for leave to appeal.

[76] Further, in my opinion and notwithstanding the fact that the Member acted out of fairness considerations for the applicant, she erred in considering the applicant's application based on her legitimate expectations at the time of its filing with the Pension Appeals Board.

[77] It is unclear as to what the Member means by the words "legitimate expectations" at the time the applicant filed the application for leave to appeal. The doctrine of legitimate expectations is an aspect of procedural fairness and is limited to the rules of procedural fairness. In this regard, I refer to the decision in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at pages 557–558 as follows:

The doctrine of legitimate expectations was discussed in the reasons of the majority in *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170. That judgment cites seven cases dealing with the doctrine, and then goes on (at p. 1204):

The principle developed in these cases is simply an extension of the rules of natural justice and procedural fairness. It afford a party affected by the decision of a public official an opportunity to make representations in circumstances in which there otherwise would be no such opportunity. The court supplies the omission where, based on the conduct of the public official, a party has been led to believe that his or her rights would not be affected without consultation.

...

There is no support in Canadian or English cases for the position that the doctrine of legitimate expectations can create substantive rights. It is a part of the rules of procedural fairness which can govern administrative bodies. Where it is applicable, it can create a right to make representations or to

critère, même si la demanderesse avait sollicité l'autorisation d'interjeter appel avant l'introduction de nouvelles dispositions législatives régissant les demandes d'autorisation d'interjeter appel dans le cadre du Régime. Je conclus qu'elle a commis une erreur en omettant d'appliquer le bon critère pour décider s'il y avait lieu d'accueillir la demande d'autorisation d'interjeter appel de la demanderesse ou non.

[76] De plus, à mon avis et indépendamment du fait qu'elle a agi par souci d'équité envers la demanderesse, la membre du TSS a commis une erreur en examinant la demande de la demanderesse en fonction des attentes légitimes que celle-ci avait au moment du dépôt de sa demande auprès de la Commission d'appel des pensions.

[77] Ce que la membre du TSS veut dire par les mots [TRADUCTION] « attentes légitimes » de la demanderesse à l'époque où celle-ci a déposé la demande d'autorisation d'interjeter appel n'est pas clair. La théorie des attentes légitimes (aussi appelée « théorie de l'expectative légitime ») est un aspect de l'équité procédurale, et elle se limite aux règles d'équité procédurale. Je me reporte à cet égard au *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, aux pages 557 et 558 :

La théorie de l'expectative légitime est traitée dans les motifs des juges formant la majorité dans l'affaire *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170. Dans ces motifs, on cite sept causes portant sur cette théorie et on ajoute ensuite (à la p. 1204) :

Le principe élaboré dans cette jurisprudence n'est que le prolongement des règles de justice naturelle et de l'équité procédurale. Il accorde à une personne touchée par la décision d'un fonctionnaire public la possibilité de présenter des observations dans des circonstances où, autrement, elle n'aurait pas cette possibilité. La cour supplée à l'omission dans un cas où, par sa conduite, un fonctionnaire public a fait croire à quelqu'un qu'on ne toucherait pas à ses droits sans le consulter.

[...]

Or, ni la jurisprudence canadienne ni celle d'Angleterre n'appuient la position suivant laquelle la théorie de l'expectative légitime peut créer des droits fondamentaux. Cette théorie fait partie des règles de l'équité procédurale auxquelles peuvent être soumis les organismes administratifs.

be consulted. It does not fetter the decision following the representation or consultation.

[78] The Supreme Court of Canada has held that no one has a vested right to continuance of the law as it stood in the past; see the decision in *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, at page 282.

[79] In the present case, the transitional provisions of the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act* provide that the provisions of the Plan repealed by that statute continue to apply to matters for which the Pension Appeals Board remains seized, that is appeals that were filed and heard before April 1, 2013; see subsection 258(1) and section 262 of the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*. These provisions make it clear that Parliament intended that matters dealt with by the SST would be subject to the new legislation. The Pension Appeals Board remained subject to the former legislation during the transitional period.

[80] I note that paragraph 44(c) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21 states that where a former enactment is repealed and replaced by a new enactment, proceedings commenced under the former enactment are to be continued in conformity with the new enactment, insofar as it is possible to do so consistently with the new enactment.

[81] In my opinion, the Member erred in assessing the applicant's leave application in accordance with the doctrine of legitimate expectations at the time the leave application was filed. That doctrine applies to questions of procedural fairness; see the decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 26. It does not apply to an expectation that the law would remain unchanged.

[82] The next question for consideration is what is the effect of the Member's error in choosing the test. In other words, is that error a sufficient basis to allow this application for judicial review?

Dans les cas où elle s'applique, elle peut faire naître le droit de présenter des observations ou d'être consulté. Elle ne vient pas limiter la portée de la décision rendue à la suite de ces observations ou de cette consultation.

[78] La Cour suprême du Canada a conclu que nul n'a le droit acquis de se prévaloir de la loi telle qu'elle existait par le passé; voir l'arrêt *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, à la page 282.

[79] En l'espèce, les dispositions transitoires de la LECPD prévoient que les dispositions du Régime qui ont été abrogées par cette loi continuent de s'appliquer aux questions dont la Commission d'appel des pensions demeure saisie, c'est-à-dire les appels déposés et entendus avant le 1<sup>er</sup> avril 2013; voir le paragraphe 258(1) et l'article 262 de la LECPD. Il ressort clairement de ces dispositions que le législateur prévoyait que les questions dont le TSS était saisi seraient assujetties à la nouvelle loi. Pendant la période de transition, la Commission d'appel des pensions est demeurée assujettie à l'ancienne loi.

[80] Je signale que l'alinéa 44c) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, prévoit que, lorsqu'un texte antérieur est abrogé et remplacé par un nouveau texte, les procédures engagées sous le régime du texte antérieur se poursuivent conformément au nouveau texte, dans la mesure de leur compatibilité avec celui-ci.

[81] À mon avis, la membre du TSS a commis une erreur en examinant la demande d'autorisation de la demanderesse sous l'angle de la théorie des attentes légitimes au moment du dépôt de cette demande. La théorie s'applique aux questions d'équité procédurale; voir l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 26. Elle ne s'applique pas à une attente ou à une expectative selon laquelle la loi ne changerait pas.

[82] La prochaine question à examiner est l'effet qu'a eu l'erreur commise par la membre du TSS dans son choix du critère. Autrement dit, cette erreur est-elle un motif suffisant pour faire droit à la présente demande de contrôle judiciaire?

[83] Pursuant to subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act*, relief in applications for judicial review is discretionary; see the decision in *Khosa*, above, at paragraph 40. “Discretionary” in this context means that not every error of law will result in a remedy to an applicant.

[84] The Supreme Court of Canada has held that prerogative relief, such as setting aside the decision under review, may be refused on the ground of futility in circumstances where issuing the relief will be of no value or have no practical effect; see the decisions in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at page 80 and *Lavoie v. Canada (Minister of the Environment)*, 2002 FCA 268, 43 Admin. L.R. (3d) 209, at paragraphs 18–19.

[85] In my opinion, sending this matter back to the SST for re-determination will have no practical effect.

[86] If the matter is sent back and a different member applies the correct test, the application for leave to appeal will fail because a final decision has already been made on the issue whether she is disabled within the meaning of paragraph 42(2)(a) of the Plan. A new assessment of her application for leave to appeal will also fail for another reason, that is the applicant’s attempt to introduce “new facts” to challenge the finding that she is not disabled.

[87] Both these issues, that is the finding of no disability within the meaning of the Plan and the finding that there are no new facts, have already been finally decided and are subject to the evidentiary rule *res judicata* and the law of estoppel.

[88] The application of the legal principle of *res judicata* means that the applicant has no ground of appeal that would have a reasonable chance of success and that standard is the relevant standard that she must meet.

[89] *Res judicata* is a rule of evidence and a part of the law of estoppel. Generally speaking, the law of estoppel

[83] Au titre du paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*, la réparation accordée à la suite d’une demande de contrôle judiciaire est de nature discrétionnaire; voir l’arrêt *Khosa*, précité, au paragraphe 40. Dans ce contexte, le mot « discrétionnaire » signifie que ce ne sont pas toutes les erreurs de droit qui se solderont par l’octroi d’une réparation à un demandeur.

[84] La Cour suprême du Canada a décrété qu’un bref de prérogative, comme infirmer la décision faisant l’objet du contrôle, peut être refusé pour cause de futilité dans des circonstances où sa délivrance ne serait d’aucune valeur ou n’aurait aucun effet pratique; voir les arrêts *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, à la page 80, et *Lavoie c. Canada (Ministre de l’Environnement)*, 2002 CAF 268, aux paragraphes 18 et 19.

[85] À mon avis, le fait de renvoyer l’affaire au TSS en vue d’une nouvelle décision n’aura aucun effet pratique.

[86] Si l’affaire est renvoyée et si un membre différent applique le bon critère, la demande d’autorisation d’interjeter appel sera rejetée, puisqu’une décision définitive a déjà été rendue sur la question de savoir si la demanderesse est invalide au sens de l’alinéa 42(2)a) du Régime. Un nouvel examen de la demande d’autorisation d’interjeter appel sera également refusé pour une autre raison, soit la tentative de la demanderesse pour introduire des « faits nouveaux » en vue de contester la conclusion selon laquelle elle n’est pas invalide.

[87] Ces deux questions — la conclusion d’absence d’invalidité au sens du Régime et la conclusion d’absence de faits nouveaux — ont déjà été tranchées de manière définitive et sont soumises à la règle de preuve de la chose jugée ainsi qu’au droit relatif à la préclusion.

[88] L’application du principe juridique de la chose jugée signifie que la demanderesse ne dispose pas d’un motif d’appel qui aurait une chance raisonnable de succès et que ce critère est la norme applicable à laquelle elle doit satisfaire.

[89] Le principe de la chose jugée est une règle de preuve et un élément du droit de la préclusion. De façon

prevents parties from proceeding with certain actions. *Res judicata* stands for the concept that once a dispute has been decided with finality, it cannot be re-litigated; see the decision in *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at paragraph 20. When *res judicata* applies, a litigant is “estopped” by the previous proceeding.

[90] There is a public policy element to *res judicata* because it is intended to advance the interests of justice and prevent abuses of the decision-making process. It aims to avoid duplicative litigation, possible inconsistent results, undue cost, and vexing litigants multiple times with the same cause; see the decision in *Danyluk*, above, at paragraphs 18–20.

[91] In Canada, *res judicata* has two forms: cause of action estoppel and issue estoppel; see the decision in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at paragraph 23.

[92] In the present proceedings, the respondent submits that issue estoppel applies. Issue estoppel stands for the proposition that once a question of fact or law has been litigated and determined by a competent decision maker, the decision is final and it cannot be re-determined in subsequent proceedings; see the decision in *Danyluk*, above, at paragraphs 24–25.

[93] In *Danyluk*, above, at paragraph 25, the Supreme Court of Canada held that the elements of issue estoppel are as follows:

- (1) that the same question has been decided;
- (2) that the judicial decision which is said to create estoppel was final; and
- (3) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies.

générale, le droit de la préclusion empêche les parties d'intenter certaines actions. Le principe de la chose jugée s'entend de l'idée selon laquelle un litige, une fois qu'il a été tranché de manière définitive, ne peut pas être débattu de nouveau; voir l'arrêt *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, au paragraphe 20. Quand le principe de la chose jugée s'applique, la partie est empêchée par préclusion, du fait de l'instance antérieure.

[90] Le principe de la chose jugée comporte un élément d'intérêt public, parce qu'il vise à favoriser les intérêts de la justice et à éviter les abus du processus décisionnel. Il a pour objet d'éviter les instances faisant double emploi, les résultats contradictoires éventuels et les dépens excessifs et de ne pas tracasser plusieurs fois des parties à l'égard d'une même cause; voir l'arrêt *Danyluk*, précité, aux paragraphes 18 à 20.

[91] Au Canada, le principe de la chose jugée se présente sous deux formes : la préclusion fondée sur la cause d'action et la préclusion découlant d'une question déjà tranchée; voir l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, au paragraphe 23.

[92] En l'espèce, le défendeur soutient que c'est la préclusion découlant d'une question déjà tranchée qui s'applique. Selon cette forme de préclusion, une fois qu'une question de fait ou de droit a été plaidée et tranchée par un décideur compétent, la décision rendue est définitive et ne peut pas être réexaminée dans le cadre d'une instance ultérieure; voir l'arrêt *Danyluk*, précité, aux paragraphes 24 et 25.

[93] Dans l'arrêt *Danyluk*, précité, au paragraphe 25, la Cour suprême du Canada a statué que les éléments de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont les suivants :

- (1) que la même question a été décidée;
- (2) que la décision judiciaire invoquée comme créant la [préclusion] soit finale; et
- (3) que les parties dans la décision invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la [préclusion] est soulevée, ou leurs ayants droit.

[94] In the present proceeding, two issues have been finally decided. The first issue that has been finally decided is the status of the applicant as not being disabled for the purposes of the Plan. “Disability” for that purpose means that a person falls within the definition of “disability” pursuant to paragraph 42(2)(a) of the Plan. The Plan does not allow a person to self-assess as “disabled.”

[95] The second issue that has been finally decided is that the medical reports presented by the applicant do not constitute new material facts.

[96] Applying the rule of *res judicata* and the principle of issue estoppel, neither the question of the applicant’s “disability” nor the status of the medical reports as “new material facts” can be re-litigated.

[97] The applicant is claiming disability benefits under the Plan. I note that the Plan is a statutory scheme that allows for the payment of benefits in defined situations as set out in the legislation.

[98] As discussed in *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 2000 SCC 28, [2000] 1 S.C.R. 703, the Plan is not a social welfare scheme, but a program to provide social insurance to eligible Canadians who lose earnings due to disability, among other things.

[99] Whether or not a person is eligible for CPP disability benefits depends on whether the individual meets the definition of disability set out in paragraph 42(2)(a) of the Plan. It is not a self-assessment process. Under the Plan, “disability” is determined by a disability adjudicator for the Plan. The decision to grant a disability benefit requires compliance with the statutory terms.

[94] En l’espèce, deux questions ont été tranchées de manière définitive. La première est celle de l’état de la demanderesse, qui a été jugée comme non invalide pour les besoins du Régime. À cette fin, une « invalidité » signifie qu’une personne tombe sous le coup de la définition d’une « invalidité » aux termes de l’alinéa 42(2)a) du Régime. Celui-ci n’autorise pas une personne à s’autoévaluer comme « invalide ».

[95] La seconde question qui a été tranchée de manière définitive est que les rapports médicaux présentés par la demanderesse ne constituent pas des faits nouveaux importants.

[96] Si l’on applique la règle de la chose jugée et le principe de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, ni la question de l’« invalidité » de la demanderesse ni celle de considérer les rapports médicaux comme des « nouveaux faits importants » ne peuvent être plaidées de nouveau.

[97] La demanderesse souhaite obtenir des prestations d’invalidité en vertu du Régime. Je signale que ce dernier est un régime législatif qui prévoit le paiement de prestations dans des situations qui sont définies dans la loi.

[98] Conformément à l’analyse effectuée dans l’arrêt *Granovsky c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, 2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703, le Régime n’est pas un régime d’aide sociale, mais plutôt un programme destiné à fournir une assurance sociale aux Canadiens admissibles qui sont privés de gains en raison, notamment, d’une « déficience ».

[99] La question de savoir si une personne est admissible ou non à des prestations d’invalidité du RPC dépend de celle de savoir si cette personne correspond à la définition de l’invalidité qui est donnée à l’alinéa 42(2)a) du Régime. Il ne s’agit pas d’un processus d’auto-évaluation. Aux termes du Régime, l’« invalidité » est déterminée par un arbitre, et la décision d’accorder des prestations d’invalidité exige que l’on se conforme aux dispositions de la loi.



[100] Under the statutory test for disability, the question is not whether an applicant has health problems, but rather, whether an applicant has a disability that is both severe and prolonged, so as to render the claimant disabled within the meaning of the Plan.

[101] A disability will only be considered severe if it renders the claimant incapable of regularly pursuing any substantially gainful employment; see subparagraph 42(2)(a)(i) of the Plan. A disability will only be considered prolonged if it is determined that it is to be long continued and of indefinite duration, or likely to result in death; see subparagraph 42(2)(a)(ii) of the Plan. Both of these elements must be satisfied to be eligible for CPP disability benefits.

[102] The initial decision denying the applicant's claim was made on December 10, 1995. In that decision, it was found that the applicant was not disabled within the meaning of the Plan because the applicant was deemed able to perform some form of light work on a regular basis. That decision was upheld on reconsideration on September 10, 1997. It was reviewed and upheld by the first Review Tribunal on February 25, 1999 and the applicant's application for leave to appeal was refused on October 29, 1999. At that point, the decision that the applicant was not disabled within the meaning of the Plan became final.

[103] The applicant's second claim for CPP disability benefits was made on May 20, 2003. This claim involved an application to re-open the decision of the first Review Tribunal on the basis of new facts, as set out in certain medical reports. The Review Tribunal concluded that the reports did not constitute new facts. This finding was ultimately upheld on appeal to the Federal Court of Appeal. At that point in the proceedings, a final decision was made that there were no new facts.

[104] The present proceedings arise out of the applicant's third claim for CPP disability benefits. The claim is in respect of the same injuries, arising from the same

[100] Selon le critère législatif de l'invalidité, la question n'est pas de savoir si un requérant a des problèmes de santé, mais plutôt s'il a une invalidité à la fois grave et prolongée, de façon à le rendre invalide au sens du Régime.

[101] Une invalidité n'est considérée comme grave que si elle rend la personne régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice; voir le sous-alinéa 42(2)a)(i) du Régime. Une invalidité n'est considérée comme prolongée que s'il est déterminé qu'elle durera pendant une période longue, continue et indéfinie ou qu'elle entraînera vraisemblablement le décès; voir le sous-alinéa 42(2)a)(ii) du Régime. Il est nécessaire de satisfaire à ces deux éléments pour avoir droit à des prestations d'invalidité du RPC.

[102] La première décision par laquelle la demande de la demanderesse a été rejetée a été rendue le 10 décembre 1995, et il y a été conclu que cette dernière n'était pas invalide au sens du Régime, parce qu'on a jugé qu'elle était capable d'exécuter de façon régulière des travaux légers. La décision a été confirmée à la suite d'un réexamen le 10 septembre 1997. Elle a été révisée et confirmée par le premier tribunal de révision le 25 février 1999, et la demande d'autorisation d'interjeter appel de la demanderesse a été rejetée le 29 octobre 1999. C'est à ce stade que la décision portant que la demanderesse n'était pas invalide au sens du Régime est devenue définitive.

[103] La demanderesse a déposé sa deuxième demande de prestations d'invalidité du RPC le 20 mai 2003. Cette demande comportait une demande de réouverture de la décision du premier tribunal de révision pour cause de faits nouveaux, énoncés dans certains rapports médicaux. Le tribunal de révision a conclu que ces rapports ne constituaient pas des faits nouveaux. Cette conclusion a été confirmée en fin de compte en appel devant la Cour d'appel fédérale. À ce stade de l'instance, il a été décidé de manière définitive qu'il n'y avait pas de faits nouveaux.

[104] La présente instance découle de la troisième demande présentée par la demanderesse en vue d'obtenir des prestations d'invalidité du RPC. Cette demande a

accident, that were assessed in her first claim. Her MQP has not changed from December 31, 1996.

[105] As such, the question of whether the applicant is disabled within the meaning of the Plan has been decided. That first decision, having been reviewed and appealed through all the processes available under the Plan, was final. The claims for benefits were all made pursuant to the Plan, and involved the same parties, notwithstanding the fact that the Pension Appeals Board's role is now fulfilled by the SST.

[106] Similarly, the status of the medical reports presented by the applicant, as constituting new facts, has also been finally decided in the proceedings related to her second claim.

[107] In my opinion, the doctrine of issue estoppel applies, and the matter is *res judicata*. The applicant was found not to be disabled within the meaning of paragraph 42(2)(a) of the Plan. The additional reports presented by her were found not to raise new facts in the proceedings arising from her second claim for CPP disability benefits.

[108] Further, the changes to the legislative scheme mean that adducing new facts is no longer a ground of appeal. The applicant does not have a ground of appeal with a reasonable chance of success, and sending the matter back to the SST for re-determination will make no difference to the outcome of the application for leave to appeal.

[109] In the exercise of my discretion pursuant to subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act*, I decline to grant a remedy for the Member's error of law and this application for judicial review is dismissed.

trait aux mêmes lésions, causées par le même accident, que celles qui ont été évaluées dans le cadre de sa première demande. Sa PMA n'a pas changé depuis le 31 décembre 1996.

[105] Cela étant, la question de savoir si la demanderesse est invalide au sens du Régime a été tranchée. La première décision, ayant été révisée et portée en appel dans le cadre de tous les processus prévus par le Régime, était définitive. Les demandes de prestations ont toutes été faites en vertu du Régime et mettaient en cause les mêmes parties, même si c'est aujourd'hui le TSS qui remplit la fonction de la Commission d'appel des pensions.

[106] Dans le même ordre d'idées, la question de savoir si les rapports médicaux présentés par la demanderesse constituaient des faits nouveaux a elle aussi été tranchée de manière définitive dans le cadre de l'instance liée à sa deuxième demande.

[107] À mon avis, la doctrine de la préclusion découlant d'une question tranchée s'applique, et l'affaire est chose jugée. Il a été conclu que la demanderesse n'était pas invalide au sens de l'alinéa 42(2)a) du Régime. Il a été conclu que les rapports supplémentaires qu'elle a présentés ne soulevaient pas de faits nouveaux dans l'instance découlant de sa deuxième demande de prestations d'invalidité du RPC.

[108] De plus, par suite des changements apportés au régime législatif, la production de faits nouveaux n'est plus un motif d'appel. La demanderesse n'a pas de motif d'appel ayant une chance raisonnable de succès, et le renvoi de l'affaire au TSS en vue d'une nouvelle décision ne fera aucune différence dans l'issue de la demande d'autorisation d'interjeter appel.

[109] Dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui me confère le paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*, je refuse d'accorder une réparation pour l'erreur de droit que la membre du TSS a commise, et la présente demande de contrôle judiciaire est rejetée.

[110] The respondent seeks costs on the basis that that the applicant has pursued her claim for CPP disability benefits through several proceedings up to and including the Federal Court of Appeal.

[111] Pursuant to rule 400 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, the Court enjoys full discretion over costs. I am not persuaded that costs against the applicant are justified in this case and make no order as to costs.

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that the application for judicial review is dismissed. In the exercise of my discretion pursuant to the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, I make no order as to costs.

[110] Le défendeur sollicite les dépens au motif que la demanderesse a poursuivi sa demande de prestations d'invalidité du RPC dans le cadre de plusieurs instances, et ce, jusqu'au palier de la Cour d'appel fédérale.

[111] Conformément à la règle 400 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, la Cour a le pouvoir discrétionnaire de déterminer le montant des dépens. Je ne suis pas convaincue qu'il est justifié en l'espèce d'adjuger des dépens à l'encontre de la demanderesse et je ne rends aucune ordonnance quant aux dépens.

#### JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que la demande de contrôle judiciaire soit rejetée. Dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que me confèrent les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, je ne rends aucune ordonnance quant aux dépens.

2014 FC 839  
T-1-05

2014 CF 839  
T-1-05

**Imperial Oil Resources Limited** (*Applicant*)

**Imperial Oil Resources Limited** (*demanderesse*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Procureur général du Canada** (*défendeur*)

T-2155-10

T-2155-10

**Imperial Oil Resources Ventures Limited** (*Applicant*)

**Imperial Oil Resources Ventures Limited**  
(*demanderesse*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Procureur général du Canada** (*défendeur*)

**INDEXED AS: IMPERIAL OIL RESOURCES LIMITED v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : IMPERIAL OIL RESOURCES LIMITED c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court, Gagné J.—Calgary, June 3; Ottawa, September 2, 2014.

Cour fédérale, juge Gagné—Calgary, 3 juin; Ottawa, 2 septembre 2014.

*Income Tax — Income Calculation — “Remissions” — Two judicial reviews against Minister of National Revenue relating to Syncrude Remission Order (SRO) — One application disputing Minister’s decision not to grant interest accrued on alleged “overpayment” of taxes paid to Canada Revenue Agency (CRA) for applicant’s 1999 taxation year; other application involving timely filing for applicant’s claim for refund interest accrued during 1996 taxation year — SRO, federal initiative, providing federal tax relief to participants in Syncrude (oil sands) Project in northern Alberta to counterbalance increased royalty charges by Albertan government — Applicants arguing that remission order same as tax overpayment refund under Income Tax Act (Act), s. 164; that federal government therefore owing interest on remission granted thereto for given year — Minister arguing no interest owed on remissions since constituting tax liabilities relieved by CRA; remissions not considered “overpayments” as defined by Act, s. 164 — Both applicants involved in exploration for, production of petroleum, natural gas, etc. — SRO enacted under Financial Administration Act (FAA), s. 17(1) — Whether applicants entitled to refund interest for 1999 taxation year computed in accordance with Act, ss. 164, 248(11); whether application relating to 1996 taxation year filed within time limitation set out in Federal Courts Act, s. 18.1(2) or alternatively whether deadline for filing application should be extended to date application in fact filed — Remission order, such as SRO, not contract or agreement but exceptional*

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — « Remises » — Deux contrôles judiciaires présentés à l’encontre du ministre du Revenu national concernant le Décret de remise relatif à Syncrude (DRS) — Une des demandes contestait la décision du ministre de ne pas accorder de l’intérêt accumulé sur les prétendus « paiements en trop » d’impôt versés à l’Agence du revenu du Canada (ARC) pour l’année d’imposition 1999 de la demanderesse; l’autre demande portait sur la production dans les délais de la demande d’intérêts sur remboursement qui auraient couru au cours de l’année d’imposition 1996 — Le DRS, une initiative du gouvernement fédéral, accorde un certain allègement de l’impôt fédéral aux participants au projet Syncrude (sables bitumineux) dans le Nord de l’Alberta, pour contrebalancer les redevances plus élevées prescrites par le gouvernement de l’Alberta — Les demanderesse ont fait valoir qu’une remise aux termes du décret de remise équivalait à un remboursement de paiements en trop d’impôt prescrit par l’art. 164 de la Loi de l’impôt sur le revenu (la Loi); le gouvernement fédéral devait donc de l’intérêt sur la remise accordée aux demanderesse pour une année donnée — Le ministre a soutenu qu’aucun intérêt n’était dû sur les remises puisque celles-ci constituent des dettes fiscales exemptées par l’ARC; les remises ne sont pas considérées comme des « paiements en trop » tels qu’ils sont définis par l’art. 164 de la Loi — Les deux demanderesse sont actifs dans l’exploration et la production de pétrole, de gaz naturel, etc. — Le DRS a été promulgué en vertu de l’art. 17(1) de la Loi sur la gestion des*

*measure available for granting relief to taxpayer when desired result not achievable within tax legislation — Minister properly determining that applicants not entitled to refund interest on remission — Applicants' argument Minister acting in statutory power under Act when deciding to apply SRO payments against applicants' tax liability rejected — Under Act, Minister not having power to remit taxes payable; in this case, power granted by SRO — Taxpayer's duty to pay taxes arising from Act whereas Minister's power, duty to remit portion of taxes paid or payable arising from FAA — FAA not providing for payment of interest on amounts that would remain outstanding once all amounts due, payable by both parties offset should balance favour taxpayer — As to 1996 taxation year, applicants' application time-barred; not filed until seven years after Minister first communicating decision to applicants; therefore, application could not proceed — No reasons to justify granting extension to filing deadline — Minister's June 2003 notice of reassessment informing applicants not entitled to refund interest for 1996 taxation year treated as decision — Time for filing application for judicial review not extended by filing notice of objection under Act — Remission granted by authority of FAA — Consequently, CRA having no authority to reconsider Minister's decision under provisions for objection to assessment made under Act — At best, notice of objection amounting to improper request that Minister reconsider determination; not extending time for filing application for judicial review — Applications dismissed.*

These were applications for judicial review against the Minister of National Revenue relating to the *Syncrude Remission Order* (SRO), an initiative undertaken in 1976 by the federal government to provide some federal tax relief to participants in the Syncrude (oil sands) Project in northern Alberta. This tax relief served to counterbalance increased royalty charges by the Albertan government that, as of 1974, had to be included in the participants' taxable income. Until

*finances publiques (LGFP) — Il s'agissait de savoir si les demanderesse avaient droit aux intérêts sur remboursement pour l'année d'imposition 1999 calculés conformément aux art. 164 et 248(11) de la Loi; si la demande relative à l'année d'imposition 1996 a été produite dans les délais prescrits à l'art. 18.1(2) de la Loi sur les Cours fédérales ou subsidiaire-ment, si le délai pour déposer la demande devrait être prorogé à la date où la demande a été effectivement déposée — Un décret de remise, comme le DRS, ne constitue pas un contrat ou un accord, mais une mesure exceptionnelle disponible pour accorder un allègement au contribuable lorsque le résultat souhaité ne peut être obtenu dans le cadre des lois fiscales — Le ministre a à bon droit déterminé que les demanderesse n'avaient pas droit aux intérêts sur remboursement lors de la remise — L'argument des demanderesse selon lequel le ministre a agi selon les pouvoirs que la loi lui confère lorsqu'il décide d'appliquer les paiements du DRS aux dettes fiscales des demanderesse a été rejeté — En vertu de la Loi, le ministre n'a pas le pouvoir de remettre l'impôt payable; en l'espèce, ce pouvoir est accordé par le DRS — L'obligation du contribuable de payer l'impôt découle de la Loi alors que le pouvoir et l'obligation du ministre de remettre une partie de l'impôt payé ou payable découlent de la LGFP — La LGFP ne prévoit pas le versement d'intérêts sur des montants qui demeureraient en suspens une fois que tous les montants dus et payables par les deux parties sont compensés, si la répartition devait favoriser le contribuable — Quant à l'année d'imposition 1996, la demande faite par les demanderesse était frappée de prescription; elle a été déposée plus de sept ans après que le ministre eut initialement communiqué sa décision aux demanderesse; par conséquent, la demande ne pouvait être traitée — Il n'y avait aucune raison de justifier l'octroi d'une prorogation du délai de production — L'avis de nouvelle cotisation du ministre de juin 2003 informant les demanderesse qu'elles n'avaient pas droit aux intérêts sur remboursement pour l'année d'imposition 1996 valait décision — Le délai de présentation d'une demande de contrôle judiciaire n'est pas prorogé par la production d'un avis d'opposition en vertu de la Loi — La remise est accordée en vertu de la LGFP — Par conséquent, l'ARC n'avait pas le pouvoir de réexaminer la décision du ministre en vertu des dispositions en cas d'opposition à la cotisation calculée en vertu de la Loi — Dans le meilleur des cas, l'avis d'opposition équivalait à une demande incorrecte faite au ministre de réexaminer sa décision; il n'avait pas pour effet de proroger le délai pour présenter la demande de contrôle judiciaire — Demandes rejetées.*

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire présentées à l'encontre du ministre du Revenu national concernant le *Décret de remise relatif à Syncrude* (DRS), une initiative entreprise en 1976 par le gouvernement fédéral en vue d'accorder un certain allègement de l'impôt fédéral aux participants au projet Syncrude (sables bitumineux) dans le Nord de l'Alberta. Cet allègement fiscal servait à contrebalancer les redevances plus élevées prescrites par le gouvernement de l'Alberta qui, à

2003, the Syncrude participants were entitled to remission of federal tax paid on the amount they paid Alberta in royalty charges. The applicants believed that a remission order is the same as a refund of a tax overpayment under section 164 of the *Income Tax Act* (Act) with the result that the federal government would owe interest on the remission ultimately granted to them for a given year. The Minister argued that no interest was owed on the remissions since they are tax liabilities relieved by the CRA and not “overpayments” as defined by section 164 of the Act.

The applicant in T-1-05 disputed the Minister’s decision not to grant the interest accrued on an alleged “overpayment” of taxes paid to the Canada Revenue Agency (CRA) for the 1999 taxation year. The application in T-2155-10 involved the timely filing for the applicant’s claim for refund interest accrued during the 1996 taxation year.

Both applicants are involved in the exploration for and the production of petroleum, natural gas, other hydrocarbons and minerals. They are participants in a joint venture created pursuant to the Syncrude Project Ownership and Management Agreement, which had been put into place for the purposes of the acquisition, development, construction, maintenance and operation of the Syncrude Project. When the provinces made significant changes to the structure and quantum of provincial resource royalties in the early 70s, the federal government responded with amendments to the Act, intended to ensure that federal tax relief for royalties would be limited to an amount the federal government considered appropriate. The SRO was enacted under subsection 17(1) of the *Financial Administration Act* (FAA) as it read in 1976. To elaborate upon the SRO, an Advance Tax Ruling (ATR) was issued and it addressed the treatment of the applicants’ obligations and liabilities under the Act. Thus, in accordance with the SRO and the ATR, the applicants were entitled to remission of specific tax payable in the circumstances described in the SRO and were given, via remission, related relief from their Act obligations and liabilities. Meanwhile, instalments and other payments of tax, interest and penalties would be calculated on this basis.

In an earlier related proceeding, the applicants had submitted a similar argument regarding the nature of a remission order and that interest was owed thereon but this argument was never addressed.

compter de 1974, devaient être incluses dans le revenu imposable des participants. Jusqu’à la fin de l’année 2003, les participants au projet Syncrude avaient droit à une remise de l’impôt fédéral au titre des redevances qu’ils versaient à l’Alberta. Les demanderesse croyaient qu’un décret de remise équivalait à un remboursement de paiements en trop d’impôt en vertu de l’article 164 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (la Loi); le gouvernement fédéral devait donc de l’intérêt sur la remise finalement accordée aux demanderesse pour une année donnée. Le ministre a fait valoir qu’aucun intérêt n’était dû sur les remises puisque celles-ci constituent des dettes fiscales exemptées par l’ARC et non des « paiements en trop » tels qu’ils sont définis par l’article 164 de la Loi.

La demanderesse dans le dossier T-1-05 a contesté la décision du ministre de ne pas accorder l’intérêt accumulé sur un présumé « paiement en trop » d’impôt payé à l’Agence du revenu du Canada (ARC) pour l’année d’imposition 1999. La demande dans le dossier T-2155-10 portait sur la production dans les délais prescrits de la demande à l’égard des intérêts sur remboursement accumulés au cours de l’année d’imposition 1996.

Les deux demanderesse sont actives dans l’exploration et la production de pétrole, de gaz naturel et d’autres hydrocarbures et minéraux. Ce sont des participantes à une coentreprise créée conformément à la Syncrude Project Ownership and Management Agreement, qui avait été mise en place dans le but d’acquiescer, de développer, de construire, de maintenir et d’exploiter le projet Syncrude. Lorsque, au début des années 1970, les provinces ont apporté des changements importants à la structure et au montant des redevances provinciales sur les ressources, le gouvernement fédéral a répondu en apportant des modifications à la Loi, lesquelles visaient à assurer que l’allègement fiscal fédéral pour les redevances soit limité à un montant jugé approprié par le gouvernement fédéral. Le DRS a été promulgué en vertu du paragraphe 17(1) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* (LGFP), telle qu’elle était formulée en 1976. Pour préciser l’objet du DRS, une décision anticipée en matière d’impôt (DAMI) a été rendue et traitait des obligations et des responsabilités des demanderesse en vertu de la Loi. Ainsi, conformément au DRS et à la DAMI, les demanderesse ont eu droit à une remise d’impôt spécifique payable dans les circonstances décrites dans le DRS et ont reçu, au moyen de la remise, l’allègement connexe de leurs obligations et responsabilités en vertu de la Loi. Entre-temps, les versements et autres paiements d’impôt, d’intérêts et de pénalités étaient calculés sur cette base.

Dans une procédure antérieure connexe, les demanderesse avaient soumis un argument similaire quant à la nature d’un décret de remise et selon lequel des intérêts étaient exigibles, mais cet argument n’a jamais été abordé.



The issues were whether the applicants were entitled to refund interest for the 1999 taxation year computed in accordance with section 164 and subsection 248(11) of the Act; and whether the application relating to the 1996 taxation year was filed within the time limitation set out in subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act* or alternatively whether the deadline for filing this application should be extended to the date such application was filed; if so, whether the applicants were entitled to refund interest for the 1996 taxation year.

*Held*, the applications should be dismissed.

A remission order, such as the SRO, is not an agreement nor a contract but an exceptional measure available for granting relief to a taxpayer when the desired result could not be otherwise achieved within the tax legislation. Remission relieves a taxpayer from the effect of the application of legislation to which the rest of Canadian society is subject and, as such, it is a “discretionary animal of the Minister”. The Minister properly determined that the applicants were not entitled to refund interest on remission, in particular, since there is no entitlement to refund interest on remission under any contract or statute; there is no entitlement to refund interest on remission under the Act; and the proper interpretation of the refund provisions of the Act is not informed or altered by the SRO, the ATR or the Minister’s administrative practice. The applicants argued that, when the Minister decided to apply the SRO payments against the applicants’ tax liability, he acted in the statutory power granted by the Act; thus, the remission amount for that year was paid on account of the applicants’ liability under the Act and created an overpayment. However, under the Act, the Minister does not have the power to remit taxes otherwise payable by a taxpayer. This power is only granted by the FAA and, in this particular case, by the SRO. The applicants were confusing the nature of the Minister’s obligation with the way it is or was carried out. Under the SRO, the Minister has the power and duty to remit a producer’s tax liability under paragraphs 12(1)(o) and 18(1)(m) of the Act, including interests accrued thereon. Depending on the circumstances, there are different mechanisms through which the Minister can execute his duty thereunder. Whichever mechanism is chosen, it does not create an obligation on the Minister, when acting pursuant to the SRO, to pay refund interest under the Act. The Minister chose to apply the remission amount against the applicants’ tax liability as a means to implement the SRO and more specifically its impact on the applicants’ instalments and other payment of tax, interest and penalties required under the Act. While the SRO is closely tied to paragraphs 12(1)(o) and 18(1)(m) of the Act, the substance and nature of the SRO payment are as determined in subsection 23(2) of the FAA. The taxpayer’s duty to pay taxes arises from the Act whereas the Minister’s power and duty to remit a portion of the taxes paid or payable arise

Il s’agissait de savoir si les demandereses avaient droit aux intérêts sur remboursement pour l’année d’imposition 1999 calculés conformément à l’article 164 et au paragraphe 248(11) de la Loi; si la demande relative à l’année d’imposition 1996 a été produite dans les délais prescrits au paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* ou subsidiairement, si le délai pour déposer la demande devrait être prorogé à la date où la demande a été effectivement déposée; dans l’affirmative, si les demandereses avaient droit à l’intérêt sur remboursement pour l’année d’imposition 1996.

*Jugement* : les demandes doivent être rejetées.

Un décret de remise, comme le DRS, ne constitue pas un contrat ou un accord, mais une mesure exceptionnelle disponible pour accorder un allègement au contribuable lorsque le résultat souhaité ne peut autrement être obtenu dans le cadre des lois fiscales. Une remise exempte le contribuable de l’effet de l’application de la loi à laquelle le reste de la société canadienne est assujéti et, à ce titre, elle « représente un pouvoir discrétionnaire du ministre ». Le ministre a à bon droit déterminé que les demandereses n’avaient pas droit aux intérêts sur remboursement lors de la remise, puisque, notamment, il n’y a aucun droit aux intérêts sur remboursement lors de la remise en vertu d’un contrat ou de la loi; il n’y a aucun droit aux intérêts sur remboursement lors de la remise en vertu de la Loi; et l’interprétation qu’il faut donner aux dispositions en matière de remboursement de la Loi n’est pas documentée ou modifiée par le DRS, la DAMI ou la pratique administrative du ministre. Les demandereses ont soutenu que, lorsque le ministre a décidé d’appliquer les paiements de DRS aux dettes fiscales des demandereses, il agissait selon le pouvoir que la Loi lui confère; ainsi, le montant de la remise pour cette année-là a été versé au titre des dettes des demandereses en vertu de la Loi et a donné lieu à un paiement en trop. Toutefois, en vertu de la Loi, le ministre n’a pas le pouvoir de remettre l’impôt autrement payable par un contribuable. Ce pouvoir est uniquement accordé par la LGFP et, dans la présente cause, par le DRS. Les demandereses confondaient la nature de l’obligation du ministre avec la façon dont elle est ou a été exécutée. En vertu du DRS, le ministre a le pouvoir et le devoir d’accorder une remise de l’obligation fiscale d’un producteur en vertu des alinéas 12(1)(o) et 18(1)(m) de la Loi, y compris les intérêts accumulés sur celle-ci. Selon les circonstances, il existe différents mécanismes par lesquels le ministre peut exécuter son obligation aux termes de ces alinéas. Quel que soit le mécanisme retenu, cela ne crée pas d’obligation de la part du ministre, lorsqu’il agit en vertu du DRS, de verser les intérêts sur remboursement en vertu de la Loi. Le ministre a choisi d’appliquer le montant de la remise aux dettes fiscales des demandereses comme un moyen de mettre en œuvre le DRS et plus particulièrement, ses effets sur les versements des demandereses et autres paiements d’impôt, d’intérêts et de pénalités requis en vertu de la Loi.

from the FAA. The latter does not provide for the payment of interest on amounts that would remain outstanding once all amounts otherwise due and payable by both parties are offset should the balance be in favour of the taxpayer. Finally, the mere fact that the Minister paid interest on SRO payments in the past did not create an obligation thereon nor did it modify the SRO or the FAA.

As to the 1996 taxation year, a revised determination of the applicants' remission entitlement for the 1996 taxation year was made by the Minister in June 2003, which amount was applied as a payment on the applicants' tax liability. In August 2003, by way of a notice of objection, the applicants requested that they be paid refund interest in respect of their 1996 taxation year and claimed that the CRA communicated verbally for the first time in December 2010 that their request was denied. The Minister submitted that the applicants were notified of the decision in the 2003 notice of reassessment. The applicants' application was time-barred. It was not filed until seven years after the Minister first communicated his decision to the applicants and therefore the application could not proceed. There were no reasons to justify granting an extension to the filing deadline. The Minister's communication in the June 2003 notice of reassessment that the applicants were not entitled to refund interest regarding their 1996 taxation year was treated as a decision. The time for filing an application for judicial review is not extended by filing a notice of objection under the Act. Remission is granted by authority of the FAA. Consequently, the CRA had no authority to reconsider the Minister's decision under the provisions for an objection to an assessment made under the Act. Therefore, at best, the notice of objection amounted to an improper request that the Minister reconsider his determination, which did not extend the time for filing an application for judicial review. The oral communication from CRA informing the applicants that the Minister had denied their request did not amount to a fresh determination of the applicants' entitlement to refund interest. A refusal to reconsider an earlier decision does not extend the time for seeking judicial review of the decision as first communicated.

Alors que le DRS est étroitement lié aux alinéas 12(1)*o*) et 18(1)*m*) de la Loi, la substance et la nature d'un paiement en vertu du DRS sont déterminées selon le paragraphe 23(2) de la LGFP. L'obligation du contribuable de payer l'impôt découle de la Loi alors que le pouvoir et l'obligation du ministre de remettre une partie de l'impôt payé ou payable découlent de la LGFP. Cette loi ne prévoit pas le versement d'intérêts sur des montants qui demeureraient en suspens une fois que tous les montants dus et payables par les deux parties sont compensés, si la répartition devait favoriser le contribuable. Enfin, le simple fait que le ministre a versé des intérêts sur les paiements de DRS dans le passé n'a pas créé une obligation à cet égard et n'a pas non plus modifié le DRS ou la LGFP.

Quant à l'année d'imposition 1996, une décision révisée quant au droit des demanderesse à une remise pour l'année d'imposition 1996 a été rendue par le ministre en juin 2003, laquelle remise a été appliquée au paiement des dettes fiscales des demanderesse. En août 2003, par voie d'avis d'opposition, les demanderesse ont demandé que leur soient versés les intérêts sur remboursement à l'égard de leur année d'imposition 1996 et ont prétendu que l'ARC les avait informées verbalement pour la première fois en décembre 2010 que leur demande avait été refusée. Le ministre a soutenu que les demanderesse ont été informées de la décision dans l'avis de nouvelle cotisation de 2003. La demande des demanderesse était frappée de prescription. Elle a été déposée plus de sept ans après que le ministre eut initialement communiqué sa décision aux demanderesse et par conséquent, la demande ne pouvait être traitée. Il n'y avait aucune raison de justifier l'octroi d'une prorogation du délai de production. La communication du ministre dans l'avis de nouvelle cotisation de juin 2003 informant les demanderesse qu'elles n'avaient pas droit aux intérêts sur remboursement pour l'année d'imposition 1996 valait décision. Le délai de présentation d'une demande de contrôle judiciaire n'est pas prorogé par la production d'un avis d'opposition en vertu de la Loi. La remise est accordée en vertu de la LGFP. Par conséquent, l'ARC n'avait pas le pouvoir de réexaminer la décision du ministre en vertu des dispositions en cas d'opposition à la cotisation calculée en vertu de la Loi. Donc, dans le meilleur des cas, l'avis d'opposition équivalait à une demande incorrecte faite au ministre de réexaminer sa décision; il n'avait pas pour effet de proroger le délai pour présenter la demande de contrôle judiciaire. La communication verbale de l'ARC informant les demanderesse que le ministre avait refusé leur demande n'équivalait pas à un réexamen de l'admissibilité des demanderesse aux intérêts sur remboursement. Le refus de réexaminer une décision antérieure ne proroge pas le délai pour demander le contrôle judiciaire de la décision telle qu'elle a été communiquée la première fois.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 31(2).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(2).  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 17(1), 23.  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 12(1)(o), 18(1)(m), 164, 248(11).  
*Syncrude Remission Order*, C.R.C., c. 794.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Canada (Attorney General) v. Imperial Oil Resources Limited*, 2009 FCA 325, [2010] 2 C.T.C. 104; *Canada (Attorney General) v. Hennelly*, 1999 CanLII 8190, 244 N.R. 399 (F.C.A.).

## CONSIDERED:

*Pacific Vending Ltd. v. The Queen*, 2001 CanLII 649, [2001] G.S.T.C. 66 (T.C.C.); *Atlantic Coast Scallop Fishermen's Association v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (1995), 189 N.R. 220 (F.C.A.); *Canada v. Berhad*, 2005 FCA 267, 338 N.R. 75.

## REFERRED TO:

*Canada v. Perley*, 1999 CanLII 7740, [1999] 3 C.T.C. 180 (F.C.A.); *Gladstone v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 21, [2005] 1 S.C.R. 325; *Janda Products Canada Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue)*, 2004 FC 1516, 261 F.T.R. 117.

APPLICATIONS for judicial review wherein one application disputed the Minister of National Revenue's decision not to grant the interest accrued on the applicant's alleged "overpayment" of taxes paid to the Canada Revenue Agency for the 1999 taxation year and wherein the other application involved the timely filing of the applicants' claim for refund interest accrued during the 1996 taxation year. Applications dismissed.

## APPEARANCES

*Al Meghji* and *Peter Macdonald* for applicants.

*William Softley* and *Rosemary Fincham* for respondent.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Décret de remise relatif à Syncrude*, C.R.C., ch. 794.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 12(1)o), 18(1)m), 164, 248(11).  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 17(1), 23.  
*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 31(2).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(2).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Procureur général) c. Imperial Oil Resources Limited*, 2009 CAF 325; *Canada (Procureur général) c. Hennelly*, 1999 CanLII 8190 (C.A.F.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Pacific Vending Ltd. c. La Reine*, 2001 CanLII 649 (C.C.I.); *Atlantic Coast Scallop Fishermen's Association c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1995] A.C.F. n° 1347 (C.A.) (QL); *Canada c. Berhad*, 2005 CAF 267.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada c. Perley*, 1999 CanLII 7740 (C.A.F.); *Gladstone c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 21, [2005] 1 R.C.S. 325; *Janda Products Canada Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 2004 CF 1516.

DEMANDES de contrôle judiciaire dont l'une contestait la décision du ministre du Revenu national de ne pas accorder de l'intérêt accumulé sur les prétendus « paiements en trop » d'impôt des demanderesse versés à l'Agence du revenu du Canada pour l'année d'imposition 1999 et l'autre portait sur la production dans les délais par les demanderesse de la demande d'intérêts sur remboursement qui auraient couru au cours de l'année d'imposition 1996. Demandes rejetées.

## ONT COMPARU

*Al Meghji* et *Peter Macdonald* pour les demanderesse.

*William Softley* et *Rosemary Fincham* pour le défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD

*Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, Ottawa, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

GAGNÉ J.:

## Overview

[1] These are two applications for judicial review brought by Imperial Oil Resources Limited (file T-1-05) and Imperial Oil Resources Venture Limited (file T-2155-10) (collectively Imperial Oil) against the Minister of National Revenue (Minister) relating to the *Syncrude Remission Order*, C.R.C., c. 794 (SRO), an initiative undertaken in 1976 by the federal government to provide some federal tax relief to participants in the Syncrude (oil sands) Project in northern Alberta. This tax relief served to counterbalance increased royalty charges by the Albertan government that, as of 1974, had to be included in the participants' taxable income. In essence, until 2003, the Syncrude participants were entitled to a remission of federal tax paid on the amount they paid Alberta in royalty charges.

[2] These applications were heard concurrently with file T-1382-06. Reasons for that file, dealing with the remission entitlement for the 2001 taxation year, will be addressed in a companion judgment. These 3 files are test cases; 44 other files are currently in abeyance before this Court.

[3] The common arc for the present applications centres on Imperial Oil's belief that a remission order is the same as a refund of a tax overpayment under section 164 of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (ITA), with the result that the federal government would owe interest on the remission ultimately granted to it for

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Osler, Hoskin & Harcourt*, S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour les demandereses.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

LA JUGE GAGNÉ :

## Aperçu général

[1] La Cour est saisie de deux demandes de contrôle judiciaire déposées par la société Imperial Oil Resources Limited (dossier T-1-05) et la société Imperial Oil Resources Ventures Limited (dossier T-2155-10) (ci-après appelées collectivement Imperial Oil) à l'encontre du ministre du Revenu national (le ministre) concernant le *Décret de remise relatif à Syncrude*, C.R.C., ch. 794 (le DRS), une initiative prise en 1976 par le gouvernement fédéral pour procurer un allègement fiscal fédéral aux participants du projet Syncrude (sables bitumineux) dans le nord de l'Alberta. Cet allègement fiscal servait à compenser la hausse des redevances payables au gouvernement albertain qui, à partir de 1974, devaient être incluses dans le revenu imposable des participants. Essentiellement, jusqu'en 2003, les participants du projet Syncrude avaient droit à une remise de l'impôt fédéral payé sur le montant qu'ils versaient à l'Alberta au titre des redevances.

[2] Ces demandes de contrôle judiciaire ont été instruites en même temps que le dossier T-1382-06. Les motifs liés à ce dossier, qui traite du droit à la remise pour l'année d'imposition 2001, feront l'objet d'un jugement connexe. Ces 3 dossiers constituent des procès types; 44 autres dossiers sont actuellement en suspens devant la Cour.

[3] La ligne commune des demandes dont il s'agit en l'espèce concerne la conviction d'Imperial Oil qu'un décret de remise est la même chose que le remboursement d'un paiement d'impôt en trop aux termes de l'article 164 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 (la LIR), le résultat étant que

a given year, much like it does in instances of an overpayment to the Canada Revenue Agency (CRA) by a taxpayer.

[4] The Minister contends that no interest is owed on the remissions, as they are tax liabilities relieved by the CRA, and not “overpayments” as defined by section 164 of the ITA. In practice, the Minister applies the remission granted to Imperial Oil’s tax liability owed to the federal government for a given taxation year; as such, the remission does not reduce its tax liability, but merely affects its collection.

[5] More specifically, file T-1-05 is an application for judicial review of the Minister’s decision not to grant the interest accrued on an alleged “overpayment” of taxes paid to the CRA for the 1999 taxation year.

[6] Meanwhile, file T-2155-10 is an application about timely filing for Imperial Oil’s claim for refund interest accrued during the 1996 taxation year. The question at issue is “when” the Minister can be said to have made a decision regarding the payment of refund interest for the purposes of determining when the time limitation set out in subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (FCA), starts to run. Should the application not be time-barred, then Imperial Oil is seeking refund interest on the remission amount from that year.

[7] For the reasons discussed below, these applications for judicial review will be dismissed. Imperial Oil is not owed refund interest pursuant to the SRO. Moreover, I find the application in file T-2155-10 to be time barred.

#### Background

[8] Imperial Oil is involved in the exploration for and the production of petroleum, natural gas, other hydrocarbons

le gouvernement fédéral serait redevable des intérêts sur la remise finalement accordée à Imperial Oil pour une année donnée, tout comme il est redevable des intérêts à un contribuable sur l’impôt qu’il a payé en trop à l’Agence du revenu du Canada (ARC).

[4] Le ministre prétend ne pas être redevable d’intérêts sur les remises, car ce sont des obligations fiscales dont l’ARC avait déchargé les participants, et non des « paiements en trop » au sens de l’article 164 de la LIR. En pratique, le ministre impute la remise accordée sur la dette fiscale d’Imperial Oil envers le gouvernement fédéral pour une année d’imposition donnée; à ce titre, la remise ne réduit pas sa dette fiscale, mais modifie simplement son recouvrement.

[5] Plus précisément, le dossier T-1-05 concerne une demande de contrôle judiciaire déposée à l’encontre de la décision du ministre de ne pas accorder les intérêts courus sur un prétendu « paiement en trop » d’impôt à l’ARC pour l’année d’imposition 1999.

[6] Le dossier T-2155-10 concerne quant à lui une demande relative au dépôt en temps opportun de la réclamation d’Imperial Oil pour les intérêts sur remboursement courus durant l’année d’imposition 1996. La question à trancher est de savoir « à quel moment » le ministre est réputé avoir pris une décision concernant le paiement d’intérêts sur remboursement, permettant ainsi de savoir à quelle date a commencé à courir le délai fixé au paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (la LCF). Pour le cas où la demande aurait été déposée à l’intérieur du délai, alors Imperial Oil voudrait obtenir les intérêts sur remboursement courus sur la remise applicable depuis cette année-là.

[7] Pour les motifs exposés ci-après, ces demandes de contrôle judiciaire seront rejetées. Il n’est dû à Imperial Oil aucun intérêt sur remboursement au titre du DRS. Je suis en outre d’avis que la demande qui est l’objet du dossier T-2155-10 a été déposée hors délai.

#### Contexte

[8] Imperial Oil est engagée dans l’exploration et la production de pétrole, de gaz naturel, d’autres



and minerals. By way of its various subsidiaries, it is a participant in a joint venture created pursuant to the Syncrude Project Ownership and Management Agreement, which had been put into place for the purposes of the acquisition, development, construction, maintenance and operation of the Syncrude Project (Syncrude Joint Venture).

[9] As the Federal Court of Appeal explains in *Canada (Attorney General) v. Imperial Oil Resources Limited*, 2009 FCA 325, [2010] 2 C.T.C. 104 (*Imperial Oil*), which dealt with a previous disagreement on the manner in which the SRO should be taken into account in determining Imperial Oil's rights and obligations under the ITA, for the 1997 taxation year (at paragraphs 3–4):

Generally, a provincial royalty on the production of a non-renewable resource represents the share of the resource that is reserved or payable to the province pursuant to a provincial law or a contract between the province and the producer. Prior to the events that gave rise to this case, a royalty reserved to a province was excluded from the producer's income as determined for income tax purposes, and a royalty payable to a province was deductible in computing the producer's income.

In the early 1970s, the provinces made significant changes to the structure and quantum of provincial resource royalties, to the extent that the federal government perceived a threat of serious erosion to the federal income tax base. The federal government responded with amendments to the *Income Tax Act*. The amendments were intended to ensure that federal tax relief for royalties would be limited to an amount the federal government considered appropriate. The amendments were enacted on March 13, 1975, effective after May 6, 1974.

[10] The first amendments included the enactment of paragraphs 12(1)(o) and 18(1)(m) of the ITA. By the combined operation of those provisions, a resource producer, in computing its income for income tax purposes, was required to include and could not deduct any resource royalty payable to a province.

[11] During the period when the resource royalty amendments were being made to the ITA, the development of the oil sands in northern Alberta was in its

hydrocarbures et de minéraux. Par l'entremise de ses diverses filiales, elle participe à une coentreprise établie en vertu de la Convention de propriété et de gestion du projet Syncrude, qui avait été conclue aux fins d'acquisition, de mise en valeur, de construction, de maintenance et de fonctionnement du projet Syncrude (la coentreprise Syncrude).

[9] Ainsi que l'explique la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Imperial Oil Resources Limited*, 2009 CAF 325 (l'arrêt *Imperial Oil*), qui traitait d'un désaccord antérieur sur la manière dont il fallait tenir compte du DRS dans l'établissement des droits et obligations d'Imperial Oil aux termes de la LIR, pour l'année d'imposition 1997 (aux paragraphes 3 et 4) :

En général, une redevance provinciale pour la production d'une ressource non-renouvelable représente la part de la ressource qui est réservée ou payable à la province conformément aux lois provinciales ou au contrat conclu entre la province et le producteur. Avant les événements qui ont donné lieu à la présente affaire, une redevance réservée à une province était exclue du revenu du producteur aux fins de l'impôt sur le revenu, et une redevance payable à une province était déductible dans le calcul du revenu du producteur.

Au début des années 1970, les provinces ont apporté des changements importants à la structure et au montant des redevances provinciales sur les ressources, au point où le gouvernement fédéral a perçu une menace d'érosion grave de l'assiette de l'impôt fédéral sur le revenu. Le gouvernement fédéral a répondu en apportant des modifications à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les modifications visaient à assurer que l'allègement fiscal fédéral pour les redevances soit limité à un montant jugé approprié par le gouvernement fédéral. Les modifications ont été adoptées le 13 mars 1975, lesquelles sont entrées en vigueur après le 6 mai 1974.

[10] Les premières modifications comprenaient l'adoption des alinéas 12(1)(o) et 18(1)(m) de la LIR. Par l'opération combinée de ces dispositions, un producteur de ressources, au moment de calculer son revenu aux fins de l'impôt sur le revenu, devait inclure toute redevance pétrolière payable à une province, sans pouvoir la déduire.

[11] Alors que les modifications relatives à la redevance pétrolière étaient apportées à la LIR, la mise en valeur des sables bitumineux du nord de l'Alberta venait



beginning stages. In 1975, the oil companies involved in that development (including the corporate predecessors of Imperial Oil) worked out a contractual royalty arrangement with Alberta called the “Alberta Crown Agreement”, the purpose of which was to evidence the agreement between the province of Alberta and the Syncrude Joint Venture participants concerning the royalty receivable by Alberta with respect to the Syncrude Project (Syncrude Royalties).

[12] As a counterbalance to this new royalty arrangement, resource producers became entitled to a federal abatement, replaced in 1976 by a new statutory deduction called the “resource allowance”. These measures provided tax relief as a surrogate for what the federal government considered to be a reasonable royalty on resource profits.

[13] In that vein, on May 6, 1976, the Governor in Council enacted the SRO, which provides in relevant part (paragraph 3(1)(a)):

3. (1) Subject to subsection (2), remission is hereby granted to each participant of any tax payable for a taxation year pursuant to Part I of the *Income Tax Act* as a result of the royalty provisions being applicable to

(a) amounts receivable and the fair market value of any property receivable by the Crown as a royalty, tax, rental or levy with respect to the Syncrude Project, or as an amount however described, that may reasonably be regarded as being in lieu of any of the preceding amounts;

[14] Prior to enacting the SRO, the federal government had considered two options: providing the relief promised to the participants by way of an amendment to the ITA or by way of a remission order pursuant to the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 (FAA). It ultimately elected to proceed by way of the latter. As such, the SRO was enacted under subsection 17(1) of the FAA, as it read in 1976. It is undisputed that subsection 17(1) as it then read is substantially the same as subsection 23(2) today:

de commencer. En 1975, les compagnies pétrolières engagées dans cette mise en valeur (dont les sociétés remplacées par Imperial Oil) ont élaboré avec l’Alberta une entente contractuelle sur les redevances appelée « Alberta Crown Agreement », dont l’objet était de confirmer l’accord entre la province de l’Alberta et les participants de la coentreprise Syncrude sur la redevance à payer à l’Alberta pour le projet Syncrude (les redevances Syncrude).

[12] À titre de compensation pour cette nouvelle entente sur les redevances, les producteurs de ressources ont obtenu le droit à un dégrèvement fédéral, remplacé en 1976 par une nouvelle déduction légale appelée « déduction relative aux ressources ». Ces mesures offraient un allègement fiscal en remplacement de ce que le gouvernement fédéral jugeait être une redevance raisonnable sur les bénéfices tirés de ressources.

[13] Dans cet esprit, le gouverneur en conseil a pris, le 6 mai 1976, le DRS, qui contient notamment ce qui suit (à l’alinéa 3(1)a) :

3. (1) Sous réserve du paragraphe (2), remise est accordée à chaque participant de tout impôt payable pour une année d’imposition en vertu de la Partie I de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui résulte de l’application des dispositions relatives aux redevances aux

a) montants à recevoir et à la juste valeur marchande des biens à recevoir par la Couronne à titre de redevance, d’impôt, de loyer ou de prélèvement à l’égard du projet Syncrude, ou à titre de montant, quelle que soit la manière dont il est décrit, qui peut raisonnablement être considéré comme remplaçant un des montants qui précèdent;

[14] Avant de prendre le DRS, le gouvernement fédéral avait envisagé deux options : offrir l’allègement promis aux participants en apportant une modification à la LIR, ou le leur offrir en prenant un décret de remise en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 (la LGFP). Il a finalement choisi la deuxième option. Le DRS a donc été promulgué en vertu du paragraphe 17(1) de la LGFP, tel que ce paragraphe était libellé en 1976. Il n’est pas contesté que le paragraphe 17(1), selon son libellé à l’époque, est essentiellement le même que le paragraphe 23(2) actuel :

## 23. ...

Remission  
of taxes and  
penalties

(2) The Governor in Council may, on the recommendation of the Treasury Board and when he considers it in the public interest, remit any tax, fee or penalty.

[15] To elaborate upon the SRO, an advance tax ruling (ATR) was issued on April 29, 1976. The ATR addressed the treatment of Imperial Oil's obligations and liabilities under the ITA. Therefore, in accordance with the SRO and the ATR, Imperial Oil was entitled to remission of specific tax payable in the circumstances described in the SRO and was given, via remission, related relief from its ITA obligations and liabilities. Meanwhile, instalments and other payments of tax, interest and penalties would be calculated on this basis. Its relevant parts read as follows [at paragraph 18 of *Imperial Oil*]:

A. As long as the remission order is in effect, its results for each taxation year will be that the tax remitted to Imperial will reduce the tax otherwise payable under the Income Tax Act of Canada to the amount which would be payable on the basis that:

1. The 50% share of the Deemed Net Profit of the Alberta Joint Venture, and the leased substances taken in satisfaction thereof, and the proceeds of the disposition thereof, held by Alberta Royalty under the Alberta Crown Agreement, will not be taxable to Imperial or Syncrude [Canada Ltd.] under the provisions of paragraphs 12(1)(o) or 18(1)(m) of the Income Tax Act of Canada.

2. The gross production royalty reserved to Alberta Royalty under the Alberta Crown Agreement, and the proceeds of disposition thereof, will not be taxable to Imperial or Syncrude [Canada Ltd.] under the provisions of paragraphs 12(1)(o) or 18(1)(m) of the Income Tax Act of Canada.

3. The royalty prescribed to be paid to Alberta Royalty under the leases pursuant to the provisions of The Mines and Minerals Act of the Province of Alberta with respect to the Leased Substances and the proceeds of disposition thereof, will not be taxable to Imperial or Syncrude

## 23. [...]

(2) Sur recommandation du Conseil du Trésor, le gouverneur en conseil peut, s'il le juge d'intérêt public, faire remise de tous droits, taxes ou pénalités.

Remise de  
taxes ou de  
pénalités

[15] Afin d'expliquer le DRS, une décision anticipée en matière d'impôt (DAMI) fut émise le 29 avril 1976. La DAMI portait sur le traitement des obligations et responsabilités d'Imperial Oil aux termes de la LIR. Ainsi, en application du DRS et de la DAMI, Imperial Oil avait droit à la remise d'un impôt spécifique payable dans les circonstances prévues par le DRS, et elle obtenait, grâce à la remise, une exonération correspondante de ses obligations et responsabilités aux termes de la LIR. Les versements et autres paiements d'impôt, d'intérêts et de pénalités seraient calculés quant à eux sur cette base. Les passages de la DAMI qui nous concernent sont ainsi rédigés [au paragraphe 18 de l'arrêt *Imperial Oil*] :

[TRADUCTION]

A. Tant que le décret de remise est en vigueur, à chaque année d'imposition, l'impôt remis à Imperial ramènera l'impôt payable par ailleurs en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu du Canada au montant qui serait payable au motif que :

1. la part de 50 % du bénéfice net estimé de la coentreprise de l'Alberta, les matières louées en règlement de cette quote-part du bénéfice et le produit de leur disposition, détenus par Alberta Royalty en vertu de l'Alberta Crown Agreement, ne seront pas imposables pour Imperial ou pour Syncrude [Canada Ltd.] en vertu des alinéas 12(1)o ou 18(1)m de la Loi de l'impôt sur le revenu du Canada.

2. la redevance de production brute réservée à Alberta Royalty en vertu de l'Alberta Crown Agreement ainsi que le produit de la disposition ne seront pas imposables pour Imperial ou pour Syncrude [Canada Ltd.] aux termes des alinéas 12(1)o ou 18(1)m de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada.

3. la redevance payable à Alberta Royalty aux termes des concessions en application des dispositions de la *Mines and Minerals Act* de la province d'Alberta relativement aux matières louées, ainsi que le produit de la disposition, ne sera pas imposables pour Imperial ou

[Canada Ltd.] under the provisions of paragraphs 12(1)(o) or 18(1)(m) of the Income Tax Act of Canada.

[...]

C. The instalments and other payments of tax, interest and penalties required under the Income Tax Act of Canada for all relevant years will be computed in accordance with the rulings above. [Emphasis added by Justice Sharlow.]

[16] Imperial Oil argues that the SRO was to nonetheless operate as an “amendment to the ITA”. In this respect, it cites [at paragraph 17 of *Imperial Oil*] an April 28, 1976 letter sent by a senior official with the Department of Finance to the rulings officials:

At your request I am writing to confirm that it was the government’s clear intention to have the attached remission order operate as an amendment to the Income Tax Act for all purposes.

[17] The administration of the SRO caused no controversy until 1997, when a dispute arose as to the proper amount of the remission order and related interest for that year. In *Imperial Oil*, the Federal Court of Appeal overturned a Federal Court ruling holding that there had been an underpayment of remission.

[18] Relevant for our purposes, Imperial Oil had cross-appealed the Federal Court’s decision, which had initially awarded interest on the remission underpayment based on subsection 31(2) of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50. Imperial Oil argued before the Federal Court of Appeal that a remission is the same as a refund of a tax overpayment under the ITA, with the result that interest would accrue on the entire amount of the remission for 1997, not just on the amount of the alleged shortfall.

[19] The Federal Court of Appeal, in *Imperial Oil*, dismissed the cross-appeal on its factual basis for the 1997 fiscal year, but did not express an opinion on the

pour Syncrude [Canada Ltd.] en vertu des alinéas 12(1)o) ou 18(1)m) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* du Canada.

[...]

C. Les versements et autres paiements de l’impôt, des intérêts et des pénalités prescrits en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu* du Canada pour toutes les années pertinentes seront calculés selon les procédures établies ci-dessus. [Souligné par la juge Sharlow.]

[16] Imperial Oil soutient que le DRS devait néanmoins s’appliquer en tant que « modification apportée à la LIR ». À ce propos, elle se réfère [au paragraphe 17 de l’arrêt *Imperial Oil*] à une lettre envoyée le 28 avril 1976 par un haut fonctionnaire du ministère des Finances au personnel chargé des décisions anticipées :

[TRADUCTION] À votre demande, je vous écris pour confirmer que le gouvernement avait manifestement l’intention de faire en sorte que la remise ci-jointe ait pour effet de modifier la *Loi de l’impôt sur le revenu* à toutes les fins.

[17] L’application du DRS n’a suscité aucune controverse jusqu’en 1997, année où un différend a surgi à propos du montant applicable du décret de remise et des intérêts connexes pour cette année-là. Dans l’arrêt *Imperial Oil*, la Cour d’appel fédérale a infirmé une décision de la Cour fédérale selon laquelle il y avait eu versement insuffisant de la remise.

[18] Point intéressant à relever ici, Imperial Oil avait formé un appel incident contre le jugement de la Cour fédérale, laquelle avait au départ accordé des intérêts sur le moins-perçu de la remise, en application du paragraphe 31(2) de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50. Imperial Oil avait soutenu devant la Cour d’appel fédérale qu’une remise s’apparente au remboursement d’un paiement d’impôt en trop aux termes de la LIR, le résultat étant que les intérêts devraient courir sur le montant total de la remise pour 1997, et pas simplement sur le montant du prétendu manque à recevoir.

[19] Dans l’arrêt *Imperial Oil*, la Cour d’appel fédérale a rejeté l’appel incident, au vu des faits soumis, pour l’exercice 1997, mais n’a pas exprimé d’opinion sur

legal argument. I reproduce the relevant discussion from the decision (at paragraphs 38–46):

The *Syncrude Remission Order* by its terms remits tax payable under Part I of the *Income Tax Act*. The *Syncrude Remission Order* does not mention interest.

I note from item C of the advance income tax ruling quoted above that the tax authorities determined in 1976 that the *Syncrude Remission Order* should be administered on the basis that the determination of Imperial's liability to pay interest on unpaid Part I tax, or on late or deficient instalments of Part I tax, must take the remitted Part I tax into account. Neither party suggests that this is incorrect in law. The issue raised in the cross-appeal is a different one, which is whether Imperial is entitled to interest on the remitted tax pursuant to section 164 of the *Income Tax Act*.

I agree with the Crown that there is no statute or regulation providing any entitlement to interest on a payment made to a person pursuant to a remission of tax, even if the remission order results in a refund of a tax debt that has been paid. I also agree that there is no merit to the argument of Imperial that it should be entitled to an award of interest on the basis that if no interest is paid, the Crown is unjustly enriched.

It remains only to consider the argument of Imperial that, because the *Syncrude Remission Order* reduces Imperial's Part I tax payable, the amount of the remission should be taken into account in determining the entitlement of Imperial to refund interest pursuant to section 164 of the *Income Tax Act*. Justice O'Reilly did not address this point in his reasons but ordered that interest would be payable on the amount of his judgment according to subsection 31(2) of the *Crown Liability and Proceedings Act*. The Crown had conceded, appropriately in my view, that if Imperial was entitled to judgment for a shortfall in the remission for 1997, subsection 31(2) of the *Crown Liability and Proceedings Act* would apply to the judgment.

Refund interest is payable under section 164 of the *Income Tax Act* only on an "overpayment" for a particular year. A taxpayer's "overpayment" for a year is defined in subsection 164(7) essentially as the amount by which the total of all amounts paid on account of the taxpayer's tax liability for that year exceeds the amount of the liability. Imperial argues that it is entitled to refund interest for 1997 because it paid more on account of its 1997 tax liability than the amount of its

l'argument juridique. Je reproduis ici les passages pertinents de l'arrêt (aux paragraphes 38 à 46) :

De par sa formulation, le *Décret de remise relatif à Syncrude* remet l'impôt payable en vertu de la partie I de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le *Décret de remise relatif à Syncrude* est muet quant au paiement des intérêts.

Il ressort du point C de la décision anticipée en matière d'impôt précitée que les autorités fiscales ont décidé en 1976 que le *Décret de remise relatif à Syncrude* devait être administré en précisant que la détermination de l'obligation d'Imperial de payer les intérêts sur le solde impayé de l'impôt de la partie I, ou sur les tardifs ou insuffisants de l'impôt de la partie I, doit prendre en considération la remise de l'impôt de la partie I. Ni l'une ni l'autre des parties ne prétend que cela est erroné en droit. La question soulevée dans l'appel incident est différente, c'est-à-dire à savoir si Imperial avait droit aux intérêts sur l'impôt remboursé en vertu de l'article 164 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Je suis d'accord avec la Couronne pour dire qu'il n'existe aucune loi ni aucun règlement qui prévoit un droit aux intérêts sur un paiement fait à une personne en vertu d'un décret de remise d'impôt, même si le décret donne lieu à un remboursement d'une dette fiscale déjà payée. Je conviens également que l'argument d'Imperial selon lequel elle devrait avoir droit à un versement d'intérêts, sinon la Couronne est injustement enrichie, n'a aucun fondement.

Il ne reste plus qu'à examiner l'argument d'Imperial selon lequel, comme le *Décret de remise relatif à Syncrude* réduit l'impôt payable par Imperial en vertu de la partie I, le montant de la remise devrait être pris en considération pour décider si Imperial a droit au remboursement des intérêts en vertu de l'article 164 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le juge O'Reilly n'a pas abordé ce point dans ces motifs, mais il a ordonné que intérêts soient payables sur le montant accordé par son jugement en vertu du paragraphe 31(2) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. La Couronne avait reconnu, à juste titre selon moi, que si Imperial avait droit à un jugement pour le solde impayé de la remise pour l'année 1997, le paragraphe 31(2) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* s'appliquerait au jugement.

Les intérêts créditeurs ne sont payables en vertu de l'article 164 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* que sur un « paiement en trop » pour une année en particulier. Selon la définition donnée au paragraphe 164(7), un « paiement en trop » fait par un contribuable pour une année est essentiellement l'excédent du total des sommes versées sur les montants dont le contribuable est redevable pour l'année sur le montant qu'il doit payer. Imperial prétend qu'elle a droit aux intérêts créditeurs

1997 tax liability as finally determined, taking into account the amount of Part I tax remitted for 1997 by the *Syncrude Remission Order*.

In my view, Imperial has not established its entitlement to refund interest for 1997.

It is possible to discern from the record the amount of Imperial's 1997 tax liability as assessed under the *Income Tax Act* and *Regulations*, and it is also possible to discern the amount of the Part I tax remission for that year. However, it is not possible to discern what payments, if any, Imperial made on account of its 1997 tax liability.

Therefore, even if I were to assume that Imperial's argument on the cross-appeal is correct in law, it is impossible to determine from the record whether Imperial is entitled to refund interest. That is because the record does not establish that the total of all payments made by Imperial on account of its 1997 tax liability was greater than its 1997 tax liability after taking the remission into account.

In these circumstances, Imperial's cross-appeal must fail on the facts. It is not necessary to express an opinion on Imperial's legal argument on the cross-appeal, and I decline to do so. [Emphasis added.]

That is the main issue raised by the present applications.

[20] Imperial Oil argues that for about 20 years prior to the decision in *Canada v. Perley*, 1999 CanLII 7740, [1999] 3 C.T.C. 180 (F.C.A.) (*Perley*), the Minister and the Syncrude participants applied the SRO as an integral part of the ITA—interpreting the SRO as if it simply permitted the deduction of the Syncrude Royalties in computing taxable income. In particular, prior to 1998, there was no separate line in the corporate tax return on which a Syncrude participant could itemize a deduction of Syncrude Royalties pursuant to the SRO (or the taxes otherwise payable that would be remitted pursuant to the SRO). The practice of the Syncrude participants (accepted by the Minister) was that they simply obtained the relief afforded by the SRO by not including the Syncrude Royalties in the computation of their taxable income.

pour l'année 1997 parce qu'elle a payé un montant plus élevé au titre de l'impôt qu'elle devait payer pour 1997 que le montant qui a été déterminé, en tenant compte du montant de l'impôt de la partie I remis pour l'année 1997 en vertu du *Décret de remise relatif à Syncrude*.

À mon avis, Imperial n'a pas établi qu'elle avait droit aux intérêts créditeurs pour l'année 1997.

Il est possible d'établir, à partir du dossier, le montant de l'impôt qu'Imperial devait payer pour 1997 calculé en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, et il est aussi possible d'établir le montant de la remise de l'impôt de la partie I pour cette année-là. Toutefois, il est impossible de savoir quels paiements, le cas échéant, Imperial a faits au titre de l'impôt qu'elle devait payer pour 1997.

Par conséquent, même si je devais présumer que l'argument d'Imperial dans le cadre de l'appel incident est fondé en droit, il est impossible de déterminer, à la lumière du dossier, si Imperial a droit aux intérêts créditeurs. Il en est ainsi parce que le dossier ne permet pas de conclure que le total des paiements faits par Imperial au titre de l'impôt qu'elle devait payer pour l'année 1997 était supérieur à sa dette fiscale de 1997 après avoir pris la remise en considération.

Dans ces circonstances, l'appel incident d'Imperial doit être rejeté en fonction des faits. Il n'est pas nécessaire de me prononcer sur l'argument juridique d'Imperial dans le cadre de l'appel incident et je refuse de le faire. [Non souligné dans l'original.]

C'est là le point principal soulevé par les présentes demandes de contrôle judiciaire.

[20] Imperial Oil soutient que, durant une vingtaine d'années avant l'arrêt *Canada c. Perley*, 1999 CanLII 7740 (C.A.F.) (l'arrêt *Perley*), le ministre et les participants de Syncrude ont appliqué le DRS comme partie intégrante de la LIR — en interprétant le DRS comme s'il autorisait tout simplement la déduction des redevances Syncrude dans le calcul du revenu imposable. Plus précisément, avant 1998, il n'y avait dans la déclaration de revenus des sociétés aucune ligne distincte sur laquelle un participant de Syncrude pouvait inscrire une déduction de redevances Syncrude en application du DRS (ou inscrire les impôts par ailleurs payables qui seraient remis conformément au DRS). Selon la pratique observée chez les participants de Syncrude (pratique acceptée par le ministre), les participants obtenaient tout

[21] For his part, the Minister argues that his decision that refund interest was not payable on remission was consistent with his past administration of the SRO. In particular, a practice existed to remove remission from the calculation of refund interest. While this was not always successfully done, it was the Minister's intention to not allow interest on remission. In essence, previous unintended mistakes by a CRA computer program should not serve as precedent to bar the Minister from refusing to pay interest it never legally owed.

#### Issues and Standard of Review

[22] These applications for judicial review raise the following issues:

1. Whether Imperial Oil is entitled to refund interest for the 1999 taxation year, computed in accordance with section 164 and subsection 248(11) of the *Income Tax Act*; and
2. Whether the application relating to the 1996 taxation year was filed within the time limitation set out in subsection 18.1(2) of the FCA, or, alternatively, whether this Court should extend the deadline for filing this application to the date such application was filed. If so, whether Imperial Oil is entitled to refund interest for the 1996 taxation year.

[23] The parties agree that the applicable standard of review concerning the proper interpretation of the SRO and the ITA is correctness, as it is a question of law (*Imperial Oil*, at paragraph 2).

simplement l'allègement prévu par le DRS en n'incluant pas les redevances Syncrude dans le calcul de leur revenu imposable.

[21] Pour sa part, le ministre soutient que sa décision selon laquelle des intérêts sur remboursement n'étaient pas payables au titre de la remise s'accordait avec la manière dont il avait jusque-là appliqué le DRS. Plus précisément, la pratique consistait à supprimer la remise du calcul des intérêts sur remboursement. Cela n'avait pas toujours été fait avec succès, mais l'intention du ministre était de ne pas autoriser les intérêts sur les remises. Essentiellement, les erreurs antérieures non intentionnelles produites par un programme informatique de l'ARC ne devraient pas servir de précédent pour empêcher le ministre de refuser le paiement d'intérêts qui en droit n'ont jamais été dus.

#### Points litigieux et norme de contrôle

[22] Les présentes demandes de contrôle judiciaire soulèvent les points suivants :

1. Imperial Oil a-t-elle droit à des intérêts sur remboursement pour l'année d'imposition 1999, calculés conformément à l'article 164 et au paragraphe 248(11) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;
2. la demande se rapportant à l'année d'imposition 1996 a-t-elle été déposée à l'intérieur du délai fixé par le paragraphe 18.1(2) de la LCF ou, subsidiairement, la Cour devrait-elle proroger le délai de dépôt de ladite demande à la date à laquelle elle a été déposée. Dans l'affirmative, Imperial Oil a-t-elle droit à des intérêts sur remboursement pour l'année d'imposition 1996?

[23] Les parties s'accordent pour dire que la norme de contrôle devant s'appliquer à la bonne interprétation du DRS et de la LIR est celle de la décision correcte, puisqu'il s'agit d'une question de droit (*arrêt Imperial Oil*, au paragraphe 2).



The 1999 taxation year (T-1-05 file)

L'année d'imposition 1999 (dossier T-1-05)

*The Parties' position*

*Les positions des parties*

[24] The parties agree that the Minister was obligated to pay Imperial Oil the SRO amount for the 1999 taxation year and that, instead of paying that amount to Imperial Oil, the Minister applied it to Imperial Oil's tax liability for the year.

[24] Les parties s'accordent pour dire que le ministre était tenu de payer à Imperial Oil le montant découlant du DRS pour l'année d'imposition 1999 et que, au lieu de payer ce montant à Imperial Oil, le ministre l'a imputé sur la dette fiscale d'Imperial Oil pour l'année.

[25] The parties also agree as to the SRO amount for that year. Initially, the Minister determined that Imperial Oil was entitled to remission in respect of the 1999 taxation year of approximately \$1.5 million. On December 7, 2004, the Minister made a revised determination of Imperial Oil's remission entitlement, reducing the SRO amount to \$885 918, effective February 29, 2000 (Imperial Oil's balance due-date for the 1999 taxation year).

[25] Les parties s'accordent aussi sur le montant découlant du DRS pour ladite année. Au départ, le ministre avait conclu qu'Imperial Oil avait droit, pour l'année d'imposition 1999, à une remise d'environ 1,5 million de dollars. Le 7 décembre 2004, le ministre avait révisé le montant de la remise à laquelle avait droit Imperial Oil en vertu du DRS, le ramenant à 885 918 \$, à compter du 29 février 2000 (la date d'exigibilité du solde d'Imperial Oil pour l'année d'imposition 1999).

[26] In his notice of reassessment dated September 27, 2007, the Minister confirmed that the remission amount was \$885 918 and that Imperial Oil had no entitlement to refund interest on this amount. Imperial Oil's total federal income tax liability for the 1999 taxation year was \$12 617 222.

[26] Dans son avis de nouvelle cotisation datée du 27 septembre 2007, le ministre confirmait que le montant de la remise était de 885 918 \$ et qu'Imperial Oil n'avait pas droit à des intérêts sur remboursement au titre de cette somme. La dette fiscale totale d'Imperial Oil envers le gouvernement fédéral pour l'année d'imposition 1999 était de 12 617 222 \$.

[27] Pursuant to the SRO, the Minister then remitted the amount of \$885 918 with respect to Imperial Oil's 1999 taxation year.

[27] Suivant le DRS, le ministre a alors remis la somme de 885 918 \$ pour l'année d'imposition 1999 d'Imperial Oil.

[28] In accordance with the ATR, Imperial Oil was required to make instalment payments in the amount of \$14 217 301.92 during its 1999 taxation year. It made instalment payments of \$4 200 000. As a consequence, Imperial Oil was charged instalment interest and penalty totalling \$470 345.47.

[28] Conformément à la DAMI, Imperial Oil devait verser des acomptes provisionnels totalisant 14 217 301,92 \$ durant son année d'imposition 1999. Elle a versé des acomptes provisionnels se chiffrant à 4 200 000 \$. En conséquence, elle s'est vu imposer des intérêts sur acomptes provisionnels et des pénalités qui totalisaient 470 345,47 \$.

[29] In keeping with the SRO and the ATR, the Minister adopted an administrative accounting practice to relieve Imperial Oil of arrears interest arising on late or deficient instalment payments to the extent of remission granted under the SRO, while also ensuring that refund interest was not paid on remitted amounts. Thus, while in law remission is not available until liability is

[29] Dans le respect du DRS et de la DAMI, le ministre a adopté une pratique comptable administrative visant à libérer Imperial Oil des arriérés d'intérêts résultant d'acomptes provisionnels tardifs ou insuffisants, jusqu'à concurrence de la remise accordée en vertu du DRS, tout en veillant aussi à ce que des intérêts sur remboursement ne soient pas payés sur les montants

determined by assessment (*Perley*), the Minister nevertheless credited remission against Imperial Oil's tax liability as at the balance due date for administrative accounting purposes.

[30] In doing so, the Minister decided that Imperial Oil's claim for "refund interest" on remission was not supported by the ITA, the SRO, the ATR or the tax reporting of Imperial Oil.

[31] Meanwhile, Imperial Oil argues that the Minister issued these four separate refunds in its favour, in respect of its 1999 taxation year (totalling \$2 012 251):

1. \$46 435 was refunded on June 4, 2001;
2. \$377 454 was refunded on October 7, 2005;
3. \$648 967 was refunded on July 26, 2006, and
4. \$939 295 was refunded on October 5, 2007.

[32] As such, the taxes payable were less than the total payments on account of its tax liability (\$15 643 107 versus \$17 608 823). The difference, says Imperial Oil, was owed as a refund, with interest.

[33] By asserting that no refund interest is payable to it in the circumstances, says Imperial Oil, the Minister is simultaneously interpreting related provisions of the ITA in an inconsistent manner:

1. The Minister correctly determined that Imperial Oil was entitled to a refund pursuant to subsection 164(1), on the basis that an overpayment existed within the meaning of subsection 164(7) (treating the SRO amount as an amount paid on account of Imperial Oil's liability); and

remis. Ainsi, bien qu'en droit une remise ne puisse être accordée tant que la dette fiscale n'est pas établie par un avis de cotisation (arrêt *Perley*), le ministre a quand même imputé la remise sur la dette fiscale d'Imperial Oil à la date d'exigibilité du solde, aux fins de comptabilité administrative.

[30] Le ministre décidait simultanément que la réclamation d'Imperial Oil visant au versement d'« intérêts sur remboursement » au titre de la remise n'était pas validée par la LIR, le DRS, la DAMI ou les déclarations de revenus d'Imperial Oil.

[31] Imperial Oil fait valoir pour sa part que le ministre a émis ces quatre remboursements distincts en sa faveur, pour son année d'imposition 1999 (remboursements totalisant 2 012 251 \$) :

1. la somme de 46 435 \$ a été remboursée le 4 juin 2001;
2. la somme de 377 454 \$ a été remboursée le 7 octobre 2005;
3. la somme de 648 967 \$ a été remboursée le 26 juillet 2006;
4. la somme de 939 295 \$ a été remboursée le 5 octobre 2007.

[32] Les impôts à payer étaient donc moindres que les paiements totaux au titre de sa dette fiscale (15 643 107 \$ contre 17 608 823 \$). La différence, d'affirmer Imperial Oil, était due à titre de remboursement, avec intérêts.

[33] Selon Imperial Oil, lorsque le ministre affirme qu'aucun intérêt sur remboursement ne lui est payable en l'occurrence, il interprète simultanément, et d'une manière contradictoire, les dispositions correspondantes de la LIR :

1. Le ministre a estimé, à juste titre, qu'Imperial Oil avait droit à un remboursement conformément au paragraphe 164(1), en tenant pour acquis qu'il y avait eu paiement en trop au sens du paragraphe 164(7) (le montant découlant du DRS étant imputé sur la dette fiscale d'Imperial Oil).

2. However, the Minister incorrectly determined that Imperial Oil was not entitled to refund interest pursuant to subsection 164(3) even though the applicable threshold for payment of refund interest pursuant to that subsection is the issuance of a refund, a threshold that has been clearly established in the circumstances.

[34] According to Imperial Oil, the Minister cannot have it both ways, particularly in light of the fact that subsections 164(1), 164(7) and 164(3) dictate the following analysis:

1. Was there an overpayment within the meaning of subsection 164(7)?
2. If so, then subsection 164(1) would provide for a refund of that overpayment;
3. Subsection 164(3) would require the Minister to pay refund interest at the prescribed rate on that refund over the period described in subsection 164(3).

[35] Once question 1 is answered in the affirmative, the results of questions 2 and 3 automatically follow. There is no separate determination of the amount of the overpayment when determining whether subsection 164(3) would permit the payment of refund interest.

[36] Imperial Oil also argues that the interpretation of the refund interest provisions advanced by the respondent is inconsistent with a textual, contextual and purposive analysis of the refund and refund interest provisions of the ITA and the SRO.

[37] A textual interpretation of overpayment, as defined in subsection 164(7) requires one to take into account all amounts paid on account of the taxpayer's liability for the year when determining whether an "overpayment" exists (and so including the SRO amount).

[38] Moreover, a contextual and purposive analysis requires that the Minister compute Imperial Oil's refund interest entitlement in a manner consistent with the ATR

2. Toutefois, le ministre a considéré, à tort, qu'Imperial Oil n'avait pas droit à des intérêts sur remboursement en application du paragraphe 164(3), même si le seuil applicable pour le paiement d'intérêts sur remboursement conformément à ce paragraphe est le versement d'un remboursement, un seuil qui a été clairement établi en l'occurrence.

[34] Selon Imperial Oil, le ministre ne peut pas jouer sur les deux tableaux, surtout compte tenu que les paragraphes 164(1), 164(7) et 164(3) appellent l'analyse suivante :

1. Y a-t-il eu un paiement en trop au sens du paragraphe 164(7)?
2. Dans l'affirmative, alors le paragraphe 164(1) prévoirait un remboursement de ce paiement en trop.
3. Le paragraphe 164(3) obligerait le ministre à payer des intérêts, au taux réglementaire, sur ce remboursement durant la période indiquée au paragraphe 164(3).

[35] S'il est répondu par l'affirmative à la question n° 1, alors les assertions n°s 2 et 3 vont de soi. On ne peut pas conclure à l'existence d'un paiement en trop sans se demander si le paragraphe 164(3) autoriserait le paiement d'intérêts sur remboursement.

[36] Imperial Oil soutient aussi que l'interprétation préconisée par le défendeur pour les dispositions relatives aux intérêts sur remboursement ne s'accorde pas avec une analyse textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions de la LIR et du DRS relatives au remboursement et aux intérêts sur remboursement.

[37] L'interprétation textuelle du paiement en trop, selon la définition que donne de cette expression le paragraphe 164(7), requiert de prendre en compte tous les montants payés au titre de la dette du contribuable pour l'année lorsqu'on se demande si un « paiement en trop » existe (ce qui inclut donc la remise découlant du DRS).

[38] Une interprétation contextuelle et téléologique requiert par ailleurs que le ministre considère le droit d'Imperial Oil à des intérêts sur remboursement d'une

and the express intention of the federal government to have the SRO operate as if it were an amendment to the ITA. In particular, at the time the SRO was issued, the parties agreed that the computation of instalment obligations, tax liabilities and interest would take into account the impact of the SRO with respect to the Syncrude Royalties and the parties proceeded on that basis. The ATR and the SRO were prepared simultaneously.

[39] The Minister disagrees, saying that at no time prior to April 24, 2007 did the total of all amounts paid by Imperial Oil on account of Imperial Oil's Parts I [sections 2 to 180], I.3 [sections 181 to 181.71], VI [sections 190 to 190.211] or VI.1 [sections 191 to 191.4] tax liability for its 1999 taxation year exceed the amounts payable by Imperial Oil as fixed by the Minister's reassessment. It was only by reassessments to allow loss carry backs that Imperial Oil's payments on account of tax eventually exceeded their tax liability as of April 24, 2007, and at that time only to the extent of \$53 377. The Minister duly calculated refund interest of \$1 389.37 on the overpayment of \$53 377 in accordance with section 164 of the ITA.

[40] Furthermore, the Minister determined that the amounts of \$46 535, \$377 454, \$648 967 and \$939 295 remitted pursuant to the SRO were not refunded, repaid or applied to another liability of Imperial Oil within the meaning of section 164 of the ITA. The Minister decided that the relevant portion of Imperial Oil's tax payable was remitted by operation of the SRO, not the ITA, and only after the tax payable had been fixed by the Minister's reassessment.

[41] Zul Ladak, the CRA's Oil & Gas Industry Specialist, who is involved in an advisory capacity in the administration of the SRO, explains that the Minister proceeded on the basis that Imperial Oil had made no overpayment of tax within the meaning of paragraph 164(7)(b) of the ITA. For corporations, an overpayment of tax is defined in paragraph 164(7)(b) of the ITA as

manière qui s'accorde avec la DAMI et avec la volonté explicite du gouvernement fédéral de faire en sorte que le DRS s'applique comme s'il était une modification apportée à la LIR. Plus précisément, à l'époque où le DRS a été pris, les parties avaient convenu que le calcul des acomptes provisionnels, des impôts à payer et des intérêts prendrait en compte l'incidence du DRS sur les redevances Syncrude, et les parties sont allées de l'avant en tenant cela pour acquis. La DAMI et le DRS ont été rédigés simultanément.

[39] Le ministre est en désaccord. Selon lui, à aucun moment avant le 24 avril 2007, le total des sommes versées sur les montants dont Imperial Oil était redevable au titre de sa dette fiscale en vertu des parties I [articles 2 à 180], I.3 [articles 181 à 181.71], VI [articles 190 à 190.211] ou VI.1 [articles 191 à 191.4] pour son année d'imposition 1999 n'a dépassé les montants dont Imperial Oil était redevable en vertu de la nouvelle cotisation établie par le ministre. Ce n'est qu'à la faveur de nouvelles cotisations autorisant des reports de pertes en amont que les paiements d'Imperial Oil au titre de sa dette fiscale ont finalement dépassé sa dette fiscale au 24 avril 2007, et à cette date uniquement à hauteur de 53 377 \$. Le ministre a dûment calculé des intérêts sur remboursement de 1 389,37 \$ au titre du paiement en trop de 53 377 \$, conformément à l'article 164 de la LIR.

[40] Par ailleurs, le ministre a conclu que les montants de 46 535 \$, de 377 454 \$, de 648 967 \$ et de 939 295 \$ remis conformément au DRS n'avaient pas été, au sens de l'article 164 de la LIR, remboursés à Imperial Oil, ni imputés sur un autre montant dont Imperial Oil était redevable. Le ministre a décidé que la portion applicable de l'impôt dont était redevable Imperial Oil avait été remise en application du DRS, non en application de la LIR, et seulement après que l'impôt à payer avait été fixé par la nouvelle cotisation du ministre.

[41] Zul Ladak, le spécialiste de l'ARC pour l'industrie pétrolière et gazière, qui intervient à titre consultatif dans l'application du DRS, explique que le ministre est parti du principe qu'Imperial Oil n'avait fait aucun paiement d'impôt en trop au sens de l'alinéa 164(7)b) de la LIR. S'agissant des sociétés, l'alinéa 164(7)b) de la LIR définit ainsi un paiement en trop fait par un

“the total of all amounts paid on account of the corporation’s liability under this Part or Parts I.3, VI or VI.1 for the year minus all amounts payable in respect thereof.”

[42] The Minister also concluded that section 23 of the FAA provides authority to the Governor in Council to “remit any tax or penalty, including any interest paid or payable thereon” but that section 23 provides no authority to pay any amount except by way of repayment or remittance. The Minister therefore proceeded on the basis that neither the SRO, which was made pursuant to section 23 of the FAA, nor its enabling statute, contemplated the payment of “refund interest”.

[43] As for the ATR, the Minister believed it to be consistent with his position respecting section 164 of the ITA.

[44] The Minister’s decision was also consistent with Imperial Oil’s income tax reporting, which also did not treat the SRO as an amendment to the ITA.

#### Analysis

[45] A remission order, such as the SRO, is not an agreement nor a contract—it is an exceptional measure available for granting relief to a taxpayer when the desired result could not be otherwise achieved within the tax legislation (*Gladstone v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 21, [2005] 1 S.C.R. 325, at paragraph 20). Remission relieves a taxpayer from the effect of the application of legislation to which the rest of Canadian society is subject. As such, it is a “discretionary animal of the Minister” (*Pacific Vending Ltd. v. The Queen*, 2001 CanLII 649, [2001] G.S.T.C. 66 (T.C.C.), at paragraph 7). As this implies, the extent of relief granted by the legislature is not subject to a duty of fairness or the intervention of a court (*Janda Products Canada Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue)*, 2004 FC 1516, 261 F.T.R. 117, at paragraph 21).

contribuable : « le total des sommes versées sur les montants dont la société est redevable en vertu de la présente partie ou des parties I.3, VI ou VI.1 pour l’année, moins ces mêmes montants ».

[42] Le ministre a aussi conclu que l’article 23 de la LGFP confère au gouverneur en conseil le pouvoir de « faire remise de toutes taxes ou pénalités, ainsi que des intérêts afférents », mais que l’article 23 ne confère aucun pouvoir de payer une somme autrement que par remboursement ou remise. Le ministre a donc tenu pour acquis que ni le DRS, qui a été pris conformément à l’article 23 de la LGFP, ni sa loi habilitante, n’envisa-geaient le paiement d’« intérêts sur remboursement ».

[43] S’agissant de la DAMI, le ministre la croyait conforme à son interprétation de l’article 164 de la LIR.

[44] La décision du ministre s’accordait aussi avec les déclarations de revenu d’Imperial Oil, qui, elles non plus, ne considéraient pas le DRS comme une modification apportée à la LIR.

#### Analyse

[45] Un décret de remise, tel le DRS, n’est pas un accord ni un contrat — c’est une mesure exceptionnelle qui permet d’accorder un allègement à un contribuable quand le résultat souhaité ne pourrait pas être atteint autrement à l’aide de la législation fiscale (*Gladstone c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 21, [2005] 1 R.C.S. 325, au paragraphe 20). La remise libère le contribuable des effets de l’application du texte de loi auquel est soumis le reste de la société canadienne. À ce titre, il s’agit d’un « pouvoir discrétionnaire du ministre » (*Pacific Vending Ltd. c. La Reine*, 2001 CanLII 649 (C.C.I.), au paragraphe 7). Comme cela le donne à entendre, l’étendue de l’allègement accordé par l’organe législatif n’est pas subordonné à une obligation d’équité ni à l’intervention d’une cour de justice (*Janda Products Canada Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 2004 CF 1516, au paragraphe 21).

[46] The Minister properly determined that Imperial Oil is not entitled to refund interest on remission as:

1. there is no entitlement to refund interest on remission under any contract or statute;
2. there is no entitlement to refund interest on remission under the ITA as:
  - (i) remission is not an amount refunded within the meaning of section 164 of the ITA;
  - (ii) remission granted under the FAA did not create, in and of itself, an overpayment of tax for purposes of section 164 of the ITA;
  - (iii) remission under the SRO is not a payment on account of Imperial Oil's tax liability, but rather a relief of a portion of that liability; and
3. the proper interpretation of the refund provisions of the ITA is not informed or altered by the SRO, the ATR or the Minister's administrative practice (see *Imperial Oil*, at paragraph 28).

[47] As a general rule, unless a statute or contract expressly provides for it, interests cannot be claimed against the Crown. And as the Federal Court of Appeal reminded Imperial Oil in *Imperial Oil*, at paragraph 40, "there is no statute or regulation providing any entitlement to interest on a payment made to a person pursuant to a remission of tax, even if the remission order results in a refund of a tax debt that has been paid." Hence Imperial Oil's efforts to convince the Court that when the Minister decided to apply the SRO payments against Imperial Oil's tax liability, he acted in the statutory power granted by the ITA and that, in doing so, the remission amount that offset Imperial Oil's tax liability for that year was paid on account of Imperial Oil's liability within the meaning of subsection 164(7) of the ITA and had the effect of creating an overpayment.

[46] Le ministre a validement conclu qu'Imperial Oil n'a pas droit à des intérêts sur remboursement au titre d'une remise, pour les raisons suivantes :

1. il n'existe aucun droit à des intérêts sur remboursement au titre d'une remise en vertu de quelque contrat ou texte de loi;
2. il n'existe aucun droit à des intérêts sur remboursement au titre d'une remise en vertu de la LIR, car :
  - i) la remise n'est pas un montant remboursé au sens de l'article 164 de la LIR;
  - ii) la remise accordée en vertu de la LGFP n'entraînait pas, en elle-même, un paiement d'impôt en trop pour l'application de l'article 164 de la LIR;
  - iii) la remise découlant du DRS n'est pas un paiement au titre de la dette fiscale d'Imperial Oil, mais plutôt un allègement de cette dette;
3. la bonne interprétation des dispositions de la LIR relatives au remboursement n'est pas guidée ni modifiée par le DRS, la DAMI ou la pratique administrative du ministre (voir l'arrêt *Imperial Oil*, au paragraphe 28).

[47] En règle générale, sauf si une loi ou un contrat le prévoit explicitement, il ne peut pas être réclamé d'intérêts contre la Couronne. Et comme la Cour d'appel fédérale le rappelait à Imperial Oil dans l'arrêt *Imperial Oil*, au paragraphe 40, « il n'existe aucune loi ni aucun règlement qui prévoit un droit aux intérêts sur un paiement fait à une personne en vertu d'un décret de remise d'impôt, même si le décret donne lieu à un remboursement d'une dette fiscale déjà payée ». D'où les efforts faits par Imperial Oil pour convaincre la Cour que, quand le ministre a décidé d'imputer les paiements découlant du DRS sur la dette fiscale d'Imperial Oil, il agissait en vertu du pouvoir que lui conférait la LIR, et que, de cette manière, la remise qui épongeait la dette fiscale d'Imperial Oil pour cette année-là était imputée sur les montants dont Imperial Oil était redevable au sens du paragraphe 164(7) de la LIR et avait pour effet d'occasionner un paiement en trop.



[48] However, under the ITA, the Minister does not have the power to remit taxes otherwise payable by a taxpayer. This power is only granted by the FAA and, in this particular case, by the SRO.

[49] It seems to me that Imperial Oil is confusing the nature of the Minister's obligation with the way it is or it has been carried out.

[50] Under the SRO, the Minister has the power and duty to remit a producer's tax liability under paragraphs 12(1)(o) and 18(1)(m) of the ITA, including interests accrued thereon. By definition, in order for a debt or liability to be remitted, it has to be fully assessed and certain. However, depending on the circumstances, the remission could be made by issuing a cheque in reimbursement of tax paid for a given year, by offsetting amounts equally due and payable once the final assessment is made or by releasing the taxpayer's debt as contemplated in the final assessment. Those are simply different mechanisms through which the Minister can execute his duty under the SRO. Whichever mechanism is chosen, it does not create an obligation on the Minister, when acting pursuant to the SRO, to pay refund interest under the ITA.

[51] The Minister has chosen to apply the remission amount against Imperial Oil's tax liability as a means to implement the SRO and more specifically its impact on Imperial Oil's "instalments and other payment of tax, interest and penalties required under the Income Tax Act of Canada" (see point C of the ATR).

[52] The SRO is closely tied to paragraphs 12(1)(o) and 18(1)(m) of the ITA as those provisions serve in establishing the quantum of the SRO payments to the producer. However, the substance and nature of the SRO payment are as determined in subsection 23(2) of the FAA.

[53] The taxpayer's duty to pay taxes arises from the ITA whereas the Minister's power and duty to remit a portion of the taxes paid or payable arise from the FAA. The latter does not provide for the payment of interest on amounts that would remain outstanding once all

[48] Cependant, selon la LIR, le ministre n'a pas le pouvoir de remettre des impôts que doit par ailleurs payer un contribuable. Ce pouvoir n'est conféré que par la LGFP et, dans le cas présent, par le DRS.

[49] Il me semble qu'Imperial Oil confond la nature de l'obligation du ministre avec la manière dont cette obligation est ou a été accomplie.

[50] Selon le DRS, le ministre avait le pouvoir et l'obligation d'annuler la dette fiscale d'un producteur découlant des alinéas 12(1)o) et 18(1)m) de la LIR, y compris les intérêts courus sur cette dette. Par définition, pour qu'une dette ou une obligation soit annulée, elle doit être établie avec certitude. Cependant, suivant les circonstances, la remise pourrait être faite par émission d'un chèque en remboursement de l'impôt payé pour une année donnée, par compensation de sommes également échues et exigibles une fois la cotisation définitive établie, ou par annulation de la dette du contribuable selon ce qui ressort de la cotisation définitive. Ce ne sont là que divers mécanismes par lesquels le ministre peut accomplir son obligation aux termes du DRS. Quel que soit le mécanisme retenu, il n'entraîne pas pour le ministre, dans l'application du DRS, une obligation de payer des intérêts sur remboursement aux termes de la LIR.

[51] Le ministre a choisi d'imputer la remise sur la dette fiscale d'Imperial Oil comme moyen de donner effet au DRS, et plus précisément à son incidence sur « les versements et autres paiements de l'impôt, des intérêts et des pénalités prescrits en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada » pour ce qui concerne Imperial Oil (voir le point C de la DAMI).

[52] Le DRS est étroitement lié aux alinéas 12(1)o) et 18(1)m) de la LIR, deux dispositions qui servent à établir le quantum des paiements devant être effectués au producteur en vertu du DRS. Cependant, la substance et la nature du paiement résultant du DRS sont celles que détermine le paragraphe 23(2) de la LGFP.

[53] L'obligation du contribuable de payer des impôts découle de la LIR tandis que le pouvoir et l'obligation du ministre de remettre une partie des impôts payés ou à payer découlent de la LGFP. La LGFP ne prévoit pas le paiement d'intérêts sur une somme qui resterait à

amounts otherwise due and payable by both parties are offset, should the balance be in favour of the taxpayer.

[54] Finally, the mere fact that the Minister has paid interest on SRO payments in the past, as they were added automatically by the Minister's computer program, does not create an obligation on the Minister, nor does it modify the SRO or the FAA.

The 1996 taxation year (T-2155-10)

*The parties' position*

[55] On June 10, 2003, the Minister made a revised determination of Imperial Oil's remission entitlement for the 1996 taxation year, adjusting the SRO amount to \$11 682 097. The parties now agree that this is the correct amount of Imperial Oil's remission entitlement.

[56] The Minister did not send a cheque to Imperial Oil in respect of its remission entitlement. Rather, as he did for the 1999 taxation year, he applied the SRO amount as a payment on account of Imperial Oil's tax liability.

[57] Much like 1999, Imperial Oil argues that in addition to this amount, it also made instalment payments totalling \$172 286 000. As such, the taxes payable with respect to the 1996 taxation year (\$174 515 164) were less than the total payments on account of Imperial Oil's tax liability as of Imperial Oil's balance due-date for that year (being \$183 968 070).

[58] By way of a notice of objection dated August 26, 2003, Imperial Oil requested that it be paid refund interest in respect of its 1996 taxation year and sought relief of at least \$5 000 000 in additional interest. In doing so, Imperial Oil has acknowledged that it was seeking relief through the administrative process of objections, or through the Tax Court, but not the Federal Court.

percevoir après compensation de toutes les sommes par ailleurs dues et exigibles de la part des deux parties, pour le cas où le solde serait en faveur du contribuable.

[54] Finalement, le simple fait que le ministre a versé des intérêts par le passé sur des paiements effectués au titre du DRS, intérêts qui ont été ajoutés automatiquement par le programme informatique du ministre, n'entraîne pas une obligation pour celui-ci, ni ne modifie le DRS ou la LGFP.

L'année d'imposition 1996 (T-2155-10)

*Les positions des parties*

[55] Le 10 juin 2003, le ministre a revu le droit d'Imperial Oil à la remise visant l'année d'imposition 1996, en ramenant à 11 682 097 \$ la remise découlant du DRS. Les parties s'accordent maintenant pour dire que c'est là le montant exact de la remise à laquelle avait droit Imperial Oil.

[56] Le ministre n'a pas envoyé de chèque à Imperial Oil pour la remise accordée. Comme il l'a fait pour l'année d'imposition 1999, il a plutôt imputé le montant découlant du DRS sur la dette fiscale d'Imperial Oil.

[57] Comme pour l'année d'imposition 1999, Imperial Oil soutient que, en plus de ce montant, elle avait aussi versé des acomptes provisionnels totalisant 172 286 000 \$. Les impôts à payer pour l'année d'imposition 1996 (174 515 164 \$) étaient donc moindres que les paiements totaux sur la dette fiscale d'Imperial Oil à la date d'exigibilité du solde d'Imperial Oil pour cette année-là (à savoir 183 968 070 \$).

[58] Par avis d'opposition daté du 26 août 2003, Imperial Oil a demandé que des intérêts sur remboursement lui soient versés pour son année d'imposition 1996 et comptait sur un allègement d'au moins 5 000 000 \$ en intérêts additionnels. Imperial Oil reconnaissait par là vouloir obtenir un allègement par l'entremise du processus administratif des oppositions, ou par l'entremise de la Cour de l'impôt, non par celle de la Cour fédérale.

[59] Imperial Oil claims that an oral communication from a CRA official on December 13, 2010, constitutes the first time it was told that CRA would not pay refund interest as requested by its notice of objection.

[60] The Minister disagrees, saying the notice of reassessment in 2003 did so. Moreover, the CRA had previously, and on various occasions, confirmed to representatives of Imperial Oil that there is no entitlement to refund interest resulting from the remission. In addition, prior to 2003, Imperial Oil had even applied for judicial review in respect of the interest issue in 2002 in *Imperial Oil*, and this, on the basis of a notice of reassessment.

#### *Analysis*

[61] The Court agrees with the respondent that this application is time-barred. The application was not filed until seven years after the Minister first communicated his decision to Imperial Oil. Accordingly, this Court finds that this application should not be allowed to proceed. There are no reasons to justify granting an extension to the filing deadline.

[62] The time limit for making a judicial review application is set out in subsection 18.1(2) of the FCA:

#### **18.1 ...**

Time  
limitation

(2) An application for judicial review in respect of a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within 30 days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to the party directly affected by it, or within any further time that a judge of the Federal Court may fix or allow before or after the end of those 30 days. [Emphasis added.]

[63] The words ““first communicated”” signify that “some positive action was required on the part of the decision maker in order to communicate his decisions to the parties directly affected” (*Atlantic Coast Scallop Fishermen’s Association v. Canada (Minister of Fisheries*

[59] Imperial Oil prétend que la communication orale d’un fonctionnaire de l’ARC en date du 13 décembre 2010 constitue la première fois qu’elle a su que l’ARC ne paierait pas les intérêts sur remboursement qu’elle avait demandés dans son avis d’opposition.

[60] Le ministre est en désaccord. Selon lui, c’est l’avis de nouvelle cotisation de 2003 qui a constitué cette première fois. L’ARC avait d’ailleurs auparavant, et à plusieurs reprises, confirmé aux représentants d’Imperial Oil qu’il n’existait, suite à la remise, aucun droit à des intérêts sur remboursement. En outre, avant 2003, Imperial Oil avait même déposé une demande de contrôle judiciaire sur la question des intérêts en 2002, dans l’arrêt *Imperial Oil*, et cela sur le fondement d’un avis de nouvelle cotisation.

#### *Analyse*

[61] La Cour se range à l’avis du défendeur pour qui cette demande de contrôle judiciaire a été déposée hors délai. La demande n’a été déposée que sept ans après que le ministre eut communiqué à l’origine sa décision à Imperial Oil. La Cour estime donc ne pouvoir laisser la présente demande suivre son cours. Aucune raison ne justifie l’octroi d’une prorogation du délai de dépôt.

[62] Le délai de dépôt d’une demande de contrôle judiciaire est fixé au paragraphe 18.1(2) de la LCF :

#### **18.1 [...]**

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l’office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu’un juge de la Cour fédérale peut, avant ou après l’expiration de ces trente jours, fixer ou accorder. [Non souligné dans l’original.]

Délai de  
présentation

[63] Les mots « “première communication” » signifient que le paragraphe 18.1(2) exige de l’instance décisionnelle qu’elle accomplisse « un acte positif quelconque pour communiquer ses décisions aux parties directement touchées » (*Atlantic Coast Scallop Fishermen’s*

*and Oceans*) (1995), 189 N.R. 220 (F.C.A.), at paragraph 6).

[64] As conceded by Imperial Oil, the Minister's position that it had no entitlement to refund interest with respect to its 1996 taxation year was communicated on the notice of reassessment dated June 10, 2003. That communication which was consistent with prior practice was treated as a decision.

[65] The time for filing an application for judicial review is not extended by filing a notice of objection under the ITA. Remission is granted by authority of the FAA, which provides no statutory right of appeal. Consequently, the CRA had no authority to reconsider the Minister's decision under the provisions for an objection to an assessment made under the ITA. Therefore, at best, the notice of objection amounts to an improper request that the Minister reconsider his determination, which does not extend the time for filing an application for judicial review.

[66] The oral communication that Imperial Oil relies on is misplaced. The CRA officer advised Imperial Oil that the Minister would not pay refund interest, as its objection could not be considered under the appeal provisions of the ITA. This does not amount to a fresh determination of Imperial Oil's entitlement to refund interest. A refusal to reconsider an earlier decision does not extend the time for seeking judicial review of the decision as first communicated.

[67] Moreover, this Court finds no reason to grant an extension of time. The test applicable when using this discretionary power is set out in *Canada (Attorney General) v. Hennelly*, 1999 CanLII 8190, 244 N.R. 399 (F.C.A.), at paragraph 3:

1. a continuing intention to pursue his or her application;
2. that the application has some merit;

*Association c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1995] A.C.F. n° 1347 (C.A.) (QL), au paragraphe 6).

[64] Comme le concède Imperial Oil, l'opinion du ministre selon laquelle Imperial Oil n'avait pas droit à des intérêts sur remboursement pour son année d'imposition 1996 lui a été communiquée dans l'avis de nouvelle cotisation daté du 10 juin 2003. Cette communication, qui s'accordait avec la pratique antérieure, était considérée comme une décision.

[65] Le délai de dépôt d'une demande de contrôle judiciaire n'est pas prorogé par le dépôt d'un avis d'opposition aux termes de la LIR. La remise est accordée en application de la LGFP, qui ne prévoit aucun droit d'appel. L'ARC n'avait donc pas le pouvoir de réexaminer la décision du ministre aux termes des dispositions régissant une opposition à un avis de cotisation établi en vertu de la LIR. Par conséquent, au mieux, l'avis d'opposition équivaut à une demande irrégulière adressée au ministre pour qu'il réexamine sa décision, ce qui n'a pas pour effet de proroger le délai de dépôt d'une demande de contrôle judiciaire.

[66] La communication orale sur laquelle se fonde Imperial Oil est invoquée mal à propos. L'agent de l'ARC avait informé Imperial Oil que le ministre ne paierait pas d'intérêts sur remboursement, parce que son opposition ne pouvait pas être considérée d'après les dispositions de la LIR sur les voies de recours. Cela n'équivaut pas à une décision nouvelle sur le droit d'Imperial Oil à des intérêts sur remboursement. Le refus de réexaminer une décision antérieure n'a pas pour effet de reporter à plus tard la date de première communication de la décision susceptible de contrôle judiciaire.

[67] Par ailleurs, la Cour ne voit aucune raison d'accorder une prorogation du délai. Le critère applicable pour le recours à ce pouvoir discrétionnaire est énoncé dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Hennelly*, 1999 CanLII 8190 (C.A.F.), au paragraphe 3 :

1. une intention constante du demandeur de poursuivre sa demande;
2. que la demande est bien-fondé;

3. that no prejudice to the respondent arises from the delay;  
and

4. that a reasonable explanation for the delay exists.

[68] None of these criteria are satisfied.

[69] Imperial Oil elected to pursue the issue of refund interest for the 1996 taxation year through the statutory scheme for objections to assessment under the ITA, the recourse from which is an appeal to the Tax Court of Canada. It was only seven years later that it demonstrated its intention to pursue an application before this Court.

[70] Considering, for the reasons set out above, Imperial Oil had no right to refund interest, this application has no merit.

[71] The public interest is best served by bringing finality to administrative decisions “so as to ensure their effective implementation without delay and to provide security to those who comply with the decision or enforce compliance with it, often at considerable expense” (*Canada v. Berhad*, 2005 FCA 267, 338 N.R. 75, at paragraph 60).

[72] Finally, Imperial Oil timely filed its companion applications. There is no reasonable explanation for the seven-year delay in the case at bar.

#### JUDGMENT

THIS COURT’S JUDGMENT is that:

1. The applications for judicial review in both files T-1-05 and T-2155-10 are dismissed; and
2. Costs are granted in favour of the respondent.

3. que le défendeur ne subis pas de préjudice en raison du délai; et

4. qu’il existe une explication raisonnable justifiant le délai.

[68] Aucune de ces conditions n’est remplie.

[69] Imperial Oil a choisi de faire valoir ses arguments concernant les intérêts sur remboursement pour l’année d’imposition 1996 en invoquant le régime des oppositions aux avis de cotisation établis en vertu de la LIR, régime pour lequel la voie de réformation est un appel devant la Cour canadienne de l’impôt. Ce n’est que sept ans plus tard qu’elle a manifesté son intention de déposer une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale.

[70] Considérant que, pour les motifs exposés ci-haut, Imperial Oil n’avait aucun droit à des intérêts sur remboursement, la présente demande de contrôle judiciaire est dépourvue de bien-fondé.

[71] L’intérêt public est mieux servi par l’attribution d’un caractère définitif aux décisions administratives, « afin que les décisions administratives [...] puissent [...] être exécutées sans délai, apportant la tranquillité d’esprit à ceux qui observent la décision ou qui veillent à ce qu’elle soit observée, souvent à grand frais » (*Canada c. Berhad*, 2005 CAF 267, au paragraphe 60).

[72] Finalement, Imperial Oil a déposé dans le délai ses demandes connexes. Il n’existe aucune explication raisonnable justifiant en l’espèce le délai de sept ans.

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. Les demandes de contrôle judiciaire déposées dans les dossiers T-1-05 et T-2155-10 sont rejetées;
2. Les demanderesse sont condamnées aux dépens.

A-281-13  
2014 FCA 262

A-281-13  
2014 CAF 262

**Behzad Najafi** (*Appellant*)

**Behzad Najafi** (*appellant*)

v.

c.

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

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

**INDEXED AS: NAJAFI v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)**

**RÉPERTORIÉ : NAJAFI c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

Federal Court of Appeal, Pelletier, Gauthier and Near J.J.A.—Toronto, April 1; Ottawa, November 7, 2014.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Gauthier et Trudel, J.C.A.—Toronto, 1<sup>er</sup> avril; Ottawa, 7 novembre 2014.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division decision finding appellant inadmissible pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 34(1)(b),(f) — Division finding reasonable grounds to believe that appellant was or had been member of Kurdish Democratic Party of Iran (KDPI); that KDPI having engaged in or instigated subversion by force of Iranian government — Question as to whether Canada's international law obligations requiring Division, in interpreting Act, s. 34(1)(b), to exclude from inadmissibility those who participate in organization that uses force in attempt to subvert government in furtherance of oppressed people's claimed right to self-determination certified — Division concluding reasonable grounds to believe that appellant, Kurdish Iranian, de facto member of KDPI within broad meaning of term "member" in Act, s. 34(1)(f) — Federal Court upholding that decision — Issues: how to answer certified question; how to interpret Act, s. 34(1)(b) — Only international human rights instrument to which Canada signatory within meaning of Act, s. 3(3)(f) relevant in present case was Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) — Neither Protocol I nor Geneva Conventions requiring signatories to grant any type of immigration status to oppressed people fighting for self-determination in particular; no such provision existing — Hence, by setting out inadmissibility provision such as Act, s. 34(1)(b), Canada not violating Protocol I or Geneva Conventions — Regarding interpretation of Act, s. 34(1)(b), word "subversion" not defined therein; no universally adopted definition of term — In provision at issue, word "subversion" must be read in context of expression "subversion by force of any government" (in French: "actes visant au renversement d'un gouvernement par la force")*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle l'appellant était interdit de territoire conformément aux art. 34(1)(b) et f) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — La SI a conclu qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que l'appellant est ou avait été membre du Parti démocratique kurde d'Iran (PDKI) et que le PDKI avait été l'auteur d'actes visant au renversement du gouvernement iranien par la force ou y avait participé — La question de savoir si les obligations du Canada, en matière de droit international, obligent la Section de l'immigration, lors de son interprétation de l'art. 34(1)(b) de la Loi d'exclusion de l'interdiction de territoire ceux qui participent aux activités d'une organisation qui utilise la force dans une tentative de renverser un gouvernement en vue de faire avancer le droit revendiqué par un peuple opprimé à l'autodétermination a été certifiée — La SI a conclu qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que l'appellant, un citoyen iranien d'origine kurde, était un membre de fait du PDKI au sens large du terme « membre » à l'art. 34(1)(f) de la Loi — La Cour fédérale a confirmé cette décision — Il s'agissait de déterminer de quelle façon répondre à la question certifiée et interpréter l'art. 34(1)(b) de la Loi — Le seul instrument international portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire au sens de l'art. 3(3)(f) de la Loi qui était pertinent en l'espèce est le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) — Ni le Protocole I ni les Conventions de Genève n'obligent les signataires à accorder quelque type de statut d'immigrant que ce soit aux personnes opprimées qui revendiquent le droit à l'autodétermination, et il n'existe aucune disposition de ce genre — Par conséquent, en adoptant une*



— Words “subversion by force of any government” (emphasis added) not on face implying qualification of any kind with respect to government in question — Parliament intending expression “subversion by force of any government” in s. 34(1)(b) to have broad application with respect to inadmissibility stage — Language of Act, s. 34(1)(b) clear — Given overall legal context examined, s. 34(1)(b) should not be construed as encompassing only use of force not legitimate or lawful pursuant to international law — Division’s interpretation clearly reasonable; certified question answered negatively — Appeal dismissed.

*Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Federal Court dismissing judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division decision regarding appellant’s inadmissibility — Division not accepting appellant’s argument that Immigration and Refugee Protection Act, s. 34(1)(f) having to be construed, read down to avoid violation of appellant’s freedom of association under Charter, s. 2(d) — Whether Division could reasonably construe word “organization” used in Act, s. 34(1)(f) as excluding Kurdish Democratic Party of Iran which appellant member thereof in absence of constitutional challenge to validity of provision — Having considered words of Act, s. 34(1)(f) read in entire context in particular, considering Parliament’s intention to comply with Charter, Division could not reasonably construe word “organization” as excluding organization operating in Canada whose activities lawful in Canada, which organization not engaging abroad in any illicit activities of kind set out in Act, s. 34(1)(b) while person member thereof.*

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant’s application for judicial review of the decision of the Immigration Division (Division) of the Immigration and Refugee Board finding him inadmissible pursuant to paragraphs 34(1)(b) and (f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The Division found that there were reasonable grounds to believe that the appellant was or had been a member of the Kurdish Democratic Party of Iran (KDPI) and that the KDPI had engaged in or instigated the

*disposition sur l’interdiction de territoire comme l’art. 34(1)b) de la Loi, le Canada ne viole pas le Protocole I ni les Conventions de Genève — En ce qui concerne l’interprétation de l’art. 34(1)b), l’expression « renversement par la force » n’est pas définie dans la Loi et il n’existe aucune définition universelle — Dans la disposition en cause, l’expression « renversement par la force » doit être interprétée dans le contexte « d’actes visant au renversement d’un gouvernement par la force » — L’expression « actes visant au renversement d’un gouvernement par la force » (non souligné dans l’original) ne laisse pas entendre à première vue une qualification de quelque sorte que ce soit du gouvernement en question — Le législateur entendait que l’expression « actes visant au renversement d’un gouvernement par la force » à l’art. 34(1)b) soit appliquée largement à l’étape de la détermination de l’interdiction de territoire — Le libellé de l’art. 34(1)b) est clair — Compte tenu du contexte juridique général examiné, l’art. 34(1)b) ne devrait pas être interprété comme englobant seulement l’utilisation d’une force illégitime ou illégale en vertu du droit international — L’interprétation de la SI était clairement raisonnable et la réponse à la question certifiée était négative — Appel rejeté.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire d’une décision de la Section de l’immigration (SI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié selon laquelle l’appellant était interdit de territoire — La SI a rejeté l’argument de l’appellant selon lequel l’art. 34(1)f) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés devrait être interprété de manière à éviter une violation de son droit à la liberté d’association garanti par l’art. 2d) de la Charte — Il s’agissait de déterminer si la SI pouvait raisonnablement interpréter le mot « organisation » à l’art. 34(1)f) comme excluant le Parti démocratique kurde d’Iran dont l’appellant était membre en l’absence d’une contestation constitutionnelle de la validité de cette disposition — Ayant examiné les termes à l’art. 34(1)f) dans l’ensemble de leur contexte et ayant pris en compte l’intention du législateur de se conformer à la Charte, la SI ne pouvait pas raisonnablement interpréter le mot « organisation » comme excluant une organisation au Canada dont les activités sont légales au Canada et qui n’a pas participé à l’étranger à des activités illégitimes du genre de celles énoncées à l’art. 34(1)b) alors que la personne visée en était membre.*

Il s’agissait d’un appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de l’appellant visant la décision de la Section de l’immigration (SI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié de le juger interdit de territoire en vertu des alinéas 34(1)b) et f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. La SI a conclu qu’il y avait des motifs raisonnables de croire que l’appellant était ou avait été membre du Parti démocratique kurde d’Iran (PDKI) et que le PDKI avait été l’auteur d’actes

subversion by force of the Iranian government. The question as to whether Canada's international law obligations require the Immigration Division in interpreting paragraph 34(1)(b) of the Act to exclude from inadmissibility those who participate in an organization that uses force in an attempt to subvert a government in furtherance of an oppressed people's claimed right to self-determination was certified. The appellant argued that paragraph 34(1)(f) of the Act has to be construed and read down to avoid a violation of his freedom of association (paragraph 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*).

The appellant, Iranian of Kurdish ethnicity, made a refugee claim when he arrived in Canada. It was accepted but he does not have his permanent resident status since a report was made to have him declared inadmissible due to his involvement with the KDPI. After the inadmissibility proceedings, the Division concluded that there were reasonable grounds to believe that the appellant was a *de facto* member of the KDPI within the broad meaning of the term "member" in paragraph 34(1)(f) of the Act. The Division did not accept the argument submitted that paragraph 34(1)(f) should not be read to include a lawful organization in Canada that has not engaged in unlawful activities outside of Canada because this would constitute a violation of the appellant's constitutional right to freedom of association (paragraph 2(d) of the Charter).

As for the Federal Court, it determined that the Division correctly determined that the appellant's Charter rights were not infringed, reasonably determined that he was or had been a member of the KDPI and reasonably held that the KDPI had engaged in "subversion by force" of the Iranian governments. It did not believe that the Division had erred in finding there was no need to resort to international law or to depart from the settled interpretation of section 34 of the Act. The Federal Court thus determined that the Division's decision should be upheld. Both the Division and the Federal Court concluded that the presumption that Parliament intended to comply with Canada's international law obligations was rebutted without the need to consider and assess the content of international law because of the clear and unambiguous wording of paragraph 34(1)(b).

The issues were how to answer the certified question and how to interpret paragraph 34(1)(b) of the Act.

*Held*, the appeal should be dismissed.

visant au renversement du gouvernement iranien par la force ou y avait participé. La question de savoir si les obligations du Canada, en matière de droit international, obligent la Section de l'immigration, lors de son interprétation de l'alinéa 34(1)(b) de la Loi, d'exclure de l'interdiction de territoire ceux qui participent aux activités d'une organisation qui utilise la force dans une tentative de renverser un gouvernement en vue de faire avancer le droit revendiqué par un peuple opprimé à l'autodétermination a été certifiée. L'appelant a fait valoir que l'alinéa 34(1)(f) de la Loi devait être interprété de manière à éviter une violation de son droit à la liberté d'association (alinéa 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*).

L'appelant, un citoyen iranien d'origine kurde, a présenté une demande d'asile lorsqu'il est arrivé au Canada. Sa demande a été acceptée, mais il n'a pas obtenu le statut de résident permanent parce qu'un rapport a été produit en vue de le déclarer interdit de territoire du fait de sa participation aux activités du PDKI. Par suite de la procédure d'interdiction de territoire, la SI a conclu qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que l'appelant était un membre de fait du PDKI au sens large du terme « membre » à l'alinéa 34(1)(f) de la Loi. La SI a rejeté l'argument selon lequel l'alinéa 34(1)(f) ne devrait pas être interprété de manière à inclure une organisation légale au Canada qui n'a pas pris part à des activités illégales à l'extérieur du Canada, car cela constituerait une violation du droit constitutionnel de l'appelant à la liberté d'association (alinéa 2d) de la Charte).

Quant à la Cour fédérale, elle est arrivée à la conclusion que la SI avait déterminé, à juste titre, que les droits que l'appelant tire de la Charte n'avaient pas été violés, qu'elle avait estimé de façon raisonnable que l'appelant était ou avait été membre du PDKI, et qu'elle avait jugé de façon raisonnable que le PDKI était l'instigateur d'actes visant au « renversement [...] par la force » de gouvernements iraniens. La Cour ne croyait pas que la SI avait commis une erreur en concluant qu'il n'était pas nécessaire de recourir au droit international ou de s'écarter de l'interprétation de l'article 34 de la Loi établie par la jurisprudence. La Cour fédérale a donc jugé que la décision de la SI devait être confirmée. La SI et la Cour fédérale ont toutes deux conclu que la présomption selon laquelle le législateur entendait que les lois soient conformes aux obligations de droit international était réfutable et qu'il n'était pas nécessaire de prendre en considération et d'évaluer le contenu du droit international étant donné le libellé clair et non ambigu de l'alinéa 34(1)(b).

Il s'agissait de déterminer de quelle façon répondre à la question certifiée et interpréter l'alinéa 34(1)(b) de la Loi.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

The only international human rights instrument to which Canada is a signatory within the meaning of paragraph 3(3)(f) of the Act that was relevant in this case was the *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts* (Protocol I). It had to be determined whether force can be used to achieve external self-determination against colonial domination or alien occupation and racist regimes. The appellant argued that the use of force by the KDPI in these particular circumstances was positively affirmed in binding treaties, was legitimate since oppressed people were exercising their right to self-determination and as such did not fall within the ambit of “subversion by force of any government” within the meaning of paragraph 34(1)(b) of the Act. However, neither Protocol I nor the Geneva conventions requires the signatories to grant any type of immigration status to these combatants in particular and no such provision exists. Hence, by setting out an inadmissibility provision such as paragraph 34(1)(b) in the Act, Canada would not be in violation of Protocol I or the Geneva Conventions.

Regarding the interpretation of paragraph 34(1)(b) of the Act, the word “subversion” is not defined therein and there is no universally adopted definition of the term. In the provision at issue, the word “subversion” must be read in the context of the expression “subversion by force of any government” (in French: “*actes visant au renversement d’un gouvernement par la force*”) whereas in paragraph 34(1)(a), it is used in reference to “an act of subversion against a democratic government.” The interpretive question raised by these facts was whether the word “government” in paragraph 34(1)(b) is limited to “democratically elected government” or some other formula designating a government whose legitimacy is not in issue or whether it applies to any government even if it is oppressive and racist. When one considers the words of paragraph 34(1)(b), “any government” they are clear and unambiguous. The words “subversion by force of any government” (emphasis added) do not on their face imply a qualification of any kind with respect to the government in question. Parliament indicated an intent to prioritize security (paragraph 3(1)(h) of the Act) when it enacted paragraph 34(1)(b), which provides specifically that a person is inadmissible on security grounds. Also, Parliament intended the expression “subversion by force of any government” in paragraph 34(1)(b) to have a broad application with respect to the inadmissibility stage. Given the overall legal context examined, paragraph 34(1)(b) should not be construed as encompassing only the use of force that is not legitimate or lawful pursuant to international law. While legality or legitimacy may well be an issue that the respondent can consider under subsection 34(2) of the Act, it is not one that is relevant to the application of paragraph 34(1)(b). Thus, the Division’s

Le seul instrument international portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire au sens de l’alinéa 3(3)(f) de la Loi qui était pertinent en l’espèce est le *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux* (Protocole I). Il s’agissait de déterminer si la force peut être utilisée pour lutter contre la domination coloniale et l’occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l’exercice du droit des peuples à disposer d’eux-mêmes. L’appelant a soutenu que l’utilisation de la force par le PDKI dans ces circonstances particulières était consacrée dans des traités contraignants sur le plan juridique, était légitime étant donné le droit à l’autodétermination d’un peuple opprimé et que par conséquent, elle n’était manifestement pas visée par l’expression « actes visant au renversement d’un gouvernement par la force » au sens de l’alinéa 34(1)(b) de la Loi. Cependant, ni le Protocole I ni les Conventions de Genève n’obligent les signataires à accorder quelque type de statut d’immigrant que ce soit à ces combattants en particulier, et il n’existe aucune disposition de ce genre. Par conséquent, en adoptant une disposition sur l’interdiction de territoire comme l’alinéa 34(1)(b) de la Loi, le Canada ne viole pas le Protocole I ni les Conventions de Genève.

En ce qui concerne l’interprétation de l’alinéa 34(1)(b), l’expression « renversement par la force » n’est pas définie dans la Loi et il n’existe aucune définition universelle. Dans la disposition en cause, l’expression « renversement par la force » doit être interprétée dans le contexte « d’actes visant au renversement d’un gouvernement par la force », tandis qu’à l’alinéa 34(1)(a), elle fait référence à une « subversion contre toute institution démocratique ». La question d’interprétation soulevée par ces faits était celle de savoir si le terme « gouvernement » à l’alinéa 34(1)(b) se limite à un « gouvernement démocratiquement élu » ou une autre formule désignant un gouvernement dont la légitimité n’est pas remise en question, ou s’il s’applique à tout gouvernement, même s’il est oppressif et raciste. Lorsque l’on examine l’expression « d’un gouvernement » à l’alinéa 34(1)(b), celle-ci est claire et non ambiguë. L’expression « actes visant au renversement d’un gouvernement par la force » (non souligné dans l’original) ne laisse pas entendre à première vue une qualification de quelque sorte que ce soit du gouvernement en question. Le législateur a indiqué une intention de prioriser la sécurité (alinéa 3(1)(h) de la Loi) lorsqu’il a adopté l’alinéa 34(1)(b), qui prévoit précisément les faits emportant une interdiction de territoire pour des raisons de sécurité. De plus, le législateur entendait que l’expression « actes visant au renversement d’un gouvernement par la force » à l’alinéa 34(1)(b) soit appliquée largement à l’étape de la détermination de l’interdiction de territoire. Compte tenu du contexte juridique général examiné, l’alinéa 34(1)(b) ne devrait pas être interprété comme englobant seulement l’utilisation d’une force illégitime ou illégale en vertu du droit international. Bien que l’intimé puisse examiner la question de la légalité ou de la légitimité dans le

interpretation was clearly reasonable and the certified question was answered in the negative.

As to paragraph 34(1)(b) of the Act and paragraph 2(d) of the Charter, it first had to be determined whether the Division could reasonably construe the word “organization” used in paragraph 34(1)(f) as excluding the KDPI in the absence of a constitutional challenge to the validity of this provision. Having considered the words of paragraph 34(1)(f) read in their entire context, which includes subsection 34(2), in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act, the object of the provision, and the Act as well as considering the intention of Parliament to comply with the Charter, the Division could not reasonably construe the word “organization” as excluding an organization operating in Canada whose activities are lawful in Canada and which did not engage abroad in any illicit activities of the kind set out in paragraphs 34(1)(b) while the person was a member. To do so would involve rewriting the provision to such an extent that it cannot be done in the absence of a constitutional challenge.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- An Act to amend The Immigration Act*, S.C. 1919, c. 25, s. 3(6)(n).  
*An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1992, c. 49.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(d).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57.  
*Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, s. 9.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19.  
*Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, s. 19.  
*Immigration Act (The)*, S.C. 1952, c. 42, ss. 5(m), (n), 9(c).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1), (3), 25, 34, 42.1(1) (as enacted by S.C. 2013, c. 16, s. 18), 44(1), 74(d), 115.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, being Sch. V of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3.  
*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

cadre du paragraphe 34(2) de la Loi, elle n’est pas pertinente à l’application de l’alinéa 34(1)(b). Par conséquent, l’interprétation de la SI était clairement raisonnable et la réponse à la question certifiée était négative.

Quant à l’alinéa 34(1)(b) de la Loi et à l’alinéa 2)d) de la Charte, il fallait d’abord déterminer si la SI pouvait raisonnablement interpréter le mot « organisation » à l’alinéa 34(1)(f) comme excluant le PDKI en l’absence d’une contestation constitutionnelle de la validité de cette disposition. Ayant examiné les termes à l’alinéa 34(1)(f) dans l’ensemble de leur contexte, qui inclut le paragraphe 34(2), dans leur sens ordinaire et grammatical, en harmonie avec le régime de la Loi, l’objet de la disposition et la Loi elle-même, et ayant examiné l’intention du législateur de se conformer à la Charte, la SI ne pouvait pas raisonnablement interpréter le mot « organisation » comme excluant une organisation au Canada dont les activités sont légales au Canada et qui n’a pas participé à l’étranger à des activités illicites du genre de celles énoncées à l’alinéa 34(1)(b) alors que la personne visée en était membre. Pour en arriver à une telle interprétation, il faudrait réécrire la disposition dans une mesure telle qu’il serait impossible de le faire sans une contestation constitutionnelle.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2d).  
*Loi modifiant la Loi de l’Immigration*, S.C. 1919, ch. 25, art. 3(6)n).  
*Loi modifiant la Loi sur l’immigration et d’autres lois en conséquences*, L.C. 1992, ch. 49.  
*Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3, art. 9.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57.  
*Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19.  
*Loi sur l’immigration*, S.C. 1952, ch. 42, art. 5m), n), 9c).  
*Loi sur l’immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 19.  
*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1), (3), 25, 34, 42.1(1) (édicte par L.C. 2013, ch. 16, art. 18), 44(1), 74d), 115.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. n° 37, arts. 31, 32.  
*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.  
*Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole I)*, qui est l’annexe

*Vienna Convention on the Law of Treaties*, May 23, 1969, [1980] Can. T.S. No. 37, Arts. 31, 32.

V de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch.G -3.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167; *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431.

##### CONSIDERED:

*Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Qu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 71, (2000), 188 F.T.R. 226 (T.D.), revd 2001 FCA 399, [2002] 3 F.C. 3; *Gebreab v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FCA 274, 93 Imm. L.R. (3d) 28.

##### REFERRED TO:

*B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 87, [2014] 4 F.C.R. 326; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895.

#### AUTHORS CITED

*Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "subversion".  
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, 37th Parl., 1st Sess., No. 25 (May 15, 2001).  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
*House of Commons Debates*, 37th Parl., 1st Sess., No. 78 (June 13, 2001).  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.  
 Wilson, Heather A. *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements*, Oxford: Clarendon Press, 1988.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89; *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Qu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 71 (1<sup>re</sup> inst.), inf. par 2001 CAF 399, [2002] 3 C.F. 3; *Gebreab c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CAF 274.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 87, [2014] 4 R.C.F. 326; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895.

#### DOCTRINE CITÉE

*Black's Law Dictionary*, 6<sup>e</sup> éd. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1990, « *subversion* ».  
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, 37<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., n<sup>o</sup> 25 (15 mai 2001).  
*Débats de la Chambre des Communes*, 37<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., n<sup>o</sup> 78 (13 juin 2001).  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 1983.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.  
 Wilson, Heather A. *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements*, Oxford : Clarendon Press, 1988.



APPEAL from a Federal Court decision (2013 FC 876, [2015] 1 F.C.R. 26) dismissing the appellant's application for judicial review of the decision of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (2012 CanLII 95546) finding him inadmissible pursuant to paragraphs 34(1)(b) and (f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Appeal dismissed.

#### APPEARANCES

*Lorne Waldman and Clare Crummey* for appellant.  
*David Cranton and Sophia Karantonis* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Waldman & Associates*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] GAUTHIER J.A.: This is an appeal from the judgment of Gleason J. (the Judge) of the Federal Court [2013 FC 876, [2015] 1 F.C.R. 26] dismissing Mr. Najafi's application for judicial review of the decision [2012 CanLII 95546] of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (the Division) that found him inadmissible pursuant to paragraphs 34(1)(b) and (f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). In its decision, the Division found that there were reasonable grounds to believe that Mr. Najafi was or had been a member of the Kurdish Democratic Party of Iran (KDPI) and that the KDPI had engaged in or instigated the subversion by force of the Iranian government.

[2] The Judge certified the following question under paragraph 74(d) of the IRPA:

“Do Canada's international law obligations require the Immigration Division, in interpreting paragraph 34(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 to exclude from inadmissibility those who participate in an

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2013 CF 876, [2015] 1 R.C.F. 26) rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appelant visant la décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (2012 CanLII 95546) de le juger interdit de territoire en vertu des alinéas 34(1)(b) et f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Appel rejeté.

#### ONT COMPARU

*Lorne Waldman et Clare Crummey* pour l'appelant.  
*David Cranton et Sophia Karantonis* pour l'intimé.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Waldman & Associates*, Toronto, pour l'appelant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

[1] LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : La Cour est saisie de l'appel d'un jugement [2013 CF 876, [2015] 1 R.C.F. 26] par lequel la juge Gleason (la juge) de la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire que M. Najafi a présentée à l'encontre de la décision [2012 CanLII 95546] par laquelle la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Section de l'immigration) l'a déclaré interdit de territoire en vertu des alinéas 34(1)(b) et f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). Dans sa décision, la Section de l'immigration a conclu qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que M. Najafi était ou avait été membre du Parti démocratique kurde d'Iran (le PDKI) et que le PDKI avait été l'instigateur ou l'auteur d'actes visant au renversement du gouvernement iranien par la force.

[2] La juge a certifié la question suivante en vertu de l'alinéa 74d) de la LIPR :

« Est-ce que les obligations du Canada, en matière de droit international, obligent la Section de l'immigration, lors de son interprétation de l'alinéa 34(1)(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2011, ch. 27, d'exclure de



organization that uses force in an attempt to subvert a government in furtherance of an oppressed people's claimed right to self-determination?"

[3] In this appeal, Mr. Najafi also argues, as he did before the Division and the Judge, that paragraph 34(1)(f) of the IRPA has to be construed and read down to avoid a violation of his freedom of association (paragraph 2(d) 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)).

[4] For the reasons that follow, I propose that this appeal be dismissed.

#### I. Facts

[5] Mr. Najafi is a citizen of Iran of Kurdish ethnicity. He arrived in Canada in 1999 and made a refugee claim that was accepted. He thus has refugee status. However, he does not have permanent resident status in Canada. Indeed, on March 5, 2010, a report under subsection 44(1) of the IRPA was issued regarding Mr. Najafi. On March 2, 2011, this report was referred to the Division in order to have Mr. Najafi declared inadmissible due to his involvement with the KDPI.

[6] The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (the Minister) has never alleged that Mr. Najafi was personally involved in any act of violence, including an act to subvert the government by force. The issues before the Division were whether Mr. Najafi had been a member of the KDPI and whether such organization falls within the scope of paragraphs 34(1)(f) and (b) of the IRPA.

[7] During the inadmissibility proceedings, Mr. Najafi, in addition to his testimony, provided evidence from a senior member of the KDPI in Canada, from a journalist well versed in the activities of the KDPI, and from two international law experts on the legality of the use of

l'interdiction de territoire ceux qui participent dans une organisation qui utilise la force dans une tentative de renverser un gouvernement en vue de faire avancer le droit revendiqué par un peuple opprimé à l'autodétermination? »

[3] Dans le présent appel, M. Najafi soutient également, comme il l'a fait devant la Section de l'immigration et la juge, que l'alinéa 34(1)f) de la LIPR doit recevoir une interprétation atténuée afin d'éviter de porter atteinte à sa liberté d'association (alinéa 2d) 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)).

[4] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le présent appel.

#### I. Les faits

[5] M. Najafi est un citoyen iranien d'origine kurde. Il est arrivé au Canada en 1999 et a présenté une demande d'asile, qui a été accueillie. Il a donc la qualité de réfugié, mais n'a pas obtenu le statut de résident permanent au Canada. En fait, le 5 mars 2010, un rapport en vertu du paragraphe 44(1) de la LIPR a été établi au sujet de M. Najafi. Le 2 mars 2011, ce rapport a été présenté à la Section de l'immigration en vue de faire déclarer M. Najafi interdit de territoire en raison de sa participation aux activités du PDKI.

[6] Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre) n'a jamais allégué que M. Najafi avait participé lui-même à des actes de violence, dont un acte visant au renversement du gouvernement par la force. Les questions que devait trancher la Section de l'immigration étaient de savoir si M. Najafi avait été membre du PDKI et si cette organisation était visée par les alinéas 34(1)f) et b) de la LIPR.

[7] Dans le cadre de la procédure d'interdiction de territoire, M. Najafi a fourni, en plus de son propre témoignage, ceux d'un membre haut placé du PDKI au Canada, d'un journaliste qui connaît bien les activités du PDKI, et de deux experts en droit international qui

force in international law in the context of an oppressed people seeking self-determination.

## II. The decision of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board

[8] First, the Division concluded that there were reasonable grounds to believe that Mr. Najafi was a *de facto* member of the KDPI within the broad meaning of the term “member” in paragraph 34(1)(f) of the IRPA. Although this conclusion is not being challenged on appeal, I note that the Division relied on Mr. Najafi’s association with the KDPI both in Iran and subsequently in Canada. Mr. Najafi relies on this conclusion to argue that paragraph 2(d) of the Charter must be considered in construing this provision. Had the Division based its findings solely on his participation in Iran, the Charter would not have applied.

[9] With respect to the KDPI, the Division stated that there is evidence (i) that the KDPI is an international organization with many chapters in various countries including Canada, (ii) that membership in the KDPI in Canada would automatically make a person a member of the KDPI in Iran too, and (iii) that applicants for KDPI party membership in Canada must be approved by the KDPI in Kurdistan (paragraph 24 of the decision).

[10] The Division rejected the argument that the KDPI had two rival factions or one separate political organization distinct from the military wing. The Division found that in fact the KDPI operated under a unified common structure comprised of sections that are complementary, but functionally distinct, and that the activities of its military wing may be imputed to the organization as a whole and to each member of the organization for the purpose of an inquiry under paragraph 34(1)(f) (paragraph 15 of the decision).

ont témoigné au sujet de la légalité du recours à la force en droit international dans le contexte d’un peuple opprimé cherchant à disposer de lui-même.

## II. La décision de la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié

[8] Premièrement, la Section de l’immigration a conclu qu’il y avait des motifs raisonnables de croire que M. Najafi était un membre *de facto* du PDKI, dans le sens large du terme « membre » énoncé à l’alinéa 34(1)f) de la LIPR. Bien que cette conclusion ne soit pas contestée en appel, je souligne que la Section de l’immigration s’est appuyée sur l’association de M. Najafi avec le PDKI tant en Iran qu’ultérieurement au Canada. M. Najafi se fonde sur cette conclusion pour affirmer que l’alinéa 2d) de la Charte doit être pris en compte dans l’interprétation de cette disposition. Si la Section de l’immigration avait fondé ses conclusions uniquement sur sa participation en Iran, la Charte ne serait pas appliquée.

[9] En ce qui concerne le PDKI, la Section de l’immigration a affirmé que la preuve indique que i) le PDKI est une organisation internationale comptant de nombreuses sections dans divers pays, y compris le Canada, ii) la qualité de membre du PDKI au Canada emporte automatiquement la qualité de membre du PDKI en Iran également, et iii) les personnes qui veulent devenir membres du PDKI au Canada doivent obtenir l’approbation du PDKI au Kurdistan (paragraphe 24 de la décision).

[10] La Section de l’immigration a rejeté l’argument selon lequel le PDKI comportait deux factions rivales ou une organisation politique distincte de l’aile militaire. La Section de l’immigration a conclu que le PDKI exerçait en fait ses activités suivant une structure de commandement unifiée comptant des sections complémentaires, mais distinctes sur le plan fonctionnel, et que les activités de son aile militaire pouvaient être attribuées à l’organisation dans son ensemble et à chaque membre de celle-ci aux fins d’une enquête en vertu de l’alinéa 34(1)f) (paragraphe 15 de la décision).

[11] Second, the Division reviewed the concept of “subversion by force of any government”. It noted that the word “subversion” is not defined in the IRPA, reviewed the jurisprudence of this Court and of the Federal Court, and considered definitions from dictionaries such as *Black’s Law Dictionary*, 6th ed. [St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990] (paragraphs 27 to 31 of the decision).

[12] The Division then expressed the view that “subversion by force of a government” may be distinguished by its specific objective from the broader concept of use of force against the state. It specifically involves using force with the goal of overthrowing the government, either in some part of its territory or in the entire country. The Division was also satisfied that the words “any government” include even a despotic regime, and that the government’s actions, however oppressive, are not relevant to the analysis (paragraph 32 of the decision).

[13] In view of the above, the Division concluded at paragraph 32 of its decision that:

While there may be other possible interpretations, I find that the jurisprudence indicates that using force with the goal of overthrowing any government amounts to subversion by force.

In making this decision, the Division rejected Mr. Najafi’s argument that “subversion by force of any government” must necessarily refer to the unlawful use of force and that legitimate uses of force in international conflicts such as those set out in the affidavits of his legal experts should not fall within the definition. It found that analysis of the legitimacy or legality of the armed struggle is not called for in the context of an inadmissibility hearing—although it may be very relevant to an application for a ministerial exemption pursuant to subsection 34(2) (now 42.1(1) [as enacted by S.C. 2013, c. 16, s. 18] of the IRPA) (paragraph 33 of the decision).

[11] Deuxièmement, la Section de l’immigration a examiné le concept de « *subversion by force of any government* » (en français : « renversement d’un gouvernement par la force »). Elle a constaté que la LIPR ne définit pas le terme « *subversion* » (en français : « renversement »), passé en revue la jurisprudence de notre Cour et de la Cour fédérale et examiné les définitions des dictionnaires, comme la sixième édition du *Black’s Law Dictionary* [St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1990] (paragraphes 27 à 31 de la décision).

[12] La Section de l’immigration s’est dite d’avis que le « renversement d’un gouvernement par la force » peut être distingué, selon son objectif précis, du concept large du recours à la force contre l’État. Il implique précisément le recours à la force dans le but de renverser le gouvernement, que ce soit dans certaines parties de son territoire ou dans le pays en entier. La Section de l’immigration s’est également dite convaincue que les mots « un gouvernement » comprennent même un régime despotique, et que les mesures prises par le gouvernement, qu’elles soient oppressives ou non, ne sont pas pertinentes dans le cadre de l’analyse (paragraph 32 de la décision).

[13] Compte tenu de ce qui précède, la Section de l’immigration a conclu ceci au paragraphe 32 de sa décision :

Bien que d’autres interprétations soient possibles, je conclus que la jurisprudence indique que le recours à la force dans le but de renverser un gouvernement équivaut à une subversion par la force.

En rendant cette décision, la Section de l’immigration a rejeté l’argument de M. Najafi voulant que le « renversement d’un gouvernement par la force » réfère nécessairement au recours illicite à la force et que les recours légitimes à la force lors de conflits internationaux comme ceux mentionnés dans les affidavits de ses juristes ne doivent pas être visés par la définition. Elle a conclu que l’analyse de la légitimité ou de la légalité de la lutte armée n’est pas nécessaire dans le contexte d’une enquête — bien qu’elle soit sans doute très pertinente dans le cadre d’une demande de dispense ministérielle en vertu du paragraphe 34(2) (maintenant 42.1(1) [édicte par L.C. 2013, ch. 16, art. 18] de la LIPR) (paragraphe 33 de la décision).

[14] Thirdly, the Division proceeded to determine whether the KDPI's objective had been to overthrow the government of Iran. It found that the KDPI advocated and participated in the overthrow of the Shah of Iran and that, later on, the KDPI's long-term objective of establishing a democratic socialist society within a federal Iran included the replacement of what the KDPI described as the "theocratic dictatorship" of the "reactionary and bloodthirsty regime of [the] Islamic Republic" [footnote omitted] with a new democratic federal system: the Federal Republic of Iran (paragraphs 34 to 36 of the decision).

[15] The Division then reviewed the KDPI's methods. After acknowledging that there was considerable evidence that the KDPI's use of force had largely been in self-defence, it found that the KDPI nonetheless deliberately used armed force to try to overthrow the Iranian government and that this was part of its strategic repertoire. This was certainly true in the 1967-1968 period, during which it was engaged in an unsuccessful armed uprising against the Shah of Iran. In 1973, the KDPI "committed itself formally to armed struggle" [footnote omitted]. The Division then noted that the KDPI's armed conflict with the Iranian government was at its height in 1982 and 1983, during which it was driven out of population centres and forced into guerrilla warfare in the mountains, although it temporarily recaptured the town of Bukan in September 1983 (paragraphs 37 to 41 of the decision).

[16] The Division further noted that from the mid-1980s to early 1990s KDPI forces were in control of the countryside with support from the Kurdish population while the Iranian forces held the cities. It found that the KDPI did attack Iranian forces within areas under KDPI control prior to the KDPI mid-1990s withdrawal of its armed forces from the Iranian territory (paragraphs 41 and 42 of the decision).

[17] The Division concluded that overall the evidence provided by both parties was sufficient to meet

[14] Troisièmement, la Section de l'immigration s'est demandé si l'objectif du PDKI avait été de renverser le gouvernement de l'Iran. Elle a conclu que le PDKI avait encouragé le renversement du Shah d'Iran et y avait participé et que, plus tard, dans la poursuite de son objectif à long terme, consistant à établir une société socialiste démocratique au sein d'un Iran fédéral, le PDKI avait favorisé le remplacement de ce qu'il a qualifié de « [TRADUCTION] "dictature théocratique du régime réactionnaire et sanguinaire de la République islamique" » [note en bas de page omise] par un nouveau système fédéral démocratique : la République fédérale d'Iran (paragraphes 34 à 36 de la décision).

[15] La Section de l'immigration s'est ensuite penchée sur les méthodes employées par le PDKI. Après avoir reconnu qu'il existait un grand nombre d'éléments de preuve selon lesquels le PDKI avait en grande partie eu recours à la force pour se défendre, elle a conclu que celui-ci n'avait pas moins eu recours volontairement à la force armée pour tenter de renverser le gouvernement de l'Iran et que cela faisait partie de son répertoire stratégique. Ce fut certes le cas au cours des années 1967 et 1968, alors qu'il a participé à un soulèvement armé infructueux contre le Shah d'Iran. En 1973, le PDKI « [TRADUCTION] "s'est officiellement engagé dans une lutte armée" » [note en bas de page omise]. La Section de l'immigration a ensuite souligné que le conflit armé entre le PDKI et le gouvernement iranien a atteint son sommet en 1982 et en 1983, période au cours de laquelle le PDKI a été chassé des agglomérations et forcé de prendre part à une guérilla dans les montagnes, bien qu'il ait temporairement repris le contrôle de la ville de Bukan en septembre 1983 (paragraphes 37 à 41 de la décision).

[16] La Section de l'immigration a également souligné que, du milieu des années 1980 au début des années 1990, les forces du PDKI contrôlaient les régions rurales avec l'aide de la population kurde, alors que les forces iraniennes détenaient les villes. Elle a conclu que le PDKI avait bel et bien attaqué les forces iraniennes dans les zones où il exerçait un contrôle avant le retrait de ses forces armées dans le milieu des années 1990 du territoire iranien (paragraphes 41 et 42 de la décision).

[17] La Section de l'immigration a conclu que, dans l'ensemble, les éléments de preuve présentés par les deux

the low threshold of establishing reasonable grounds to believe that the KDPI has engaged in or instigated the subversion by force of a government (paragraph 43 of the decision).

[18] The Division rejected Mr. Najafi's argument that the KDPI had expressly given up any form of violence, stating that the KDPI still maintains a military wing that trains in war tactics. It also held that after the alleged renunciation of violence, there was some evidence of continued KDPI guerrilla attacks within Iran. Thus, even if one were to accept that there was an exception where "a violent organization has transformed itself into a legitimate political party and has expressly given up any form of violence", this exception would not apply to the KDPI in this case (paragraphs 11 to 13 of the decision).

[19] The Division rejected Mr. Najafi's argument that paragraph 34(1)(f) should not be read to include a lawful organization in Canada that has not engaged in unlawful activities outside of Canada because this would constitute a violation of his constitutional right to freedom of association (paragraph 2(d) of the Charter). The Division found that Mr. Najafi can continue to live in Canada and participate freely in the KDPI if he wishes, and he can apply for a ministerial exemption pursuant to subsection 34(2) of the IRPA. Thus, it held that it cannot be assumed that holding Mr. Najafi inadmissible on the basis of paragraph 34(1)(f) of the IRPA would have "any significant negative legal consequences for him, let alone any sufficient to constitute a breach of his Charter rights" (paragraphs 16 to 18 of the decision).

### III. The Federal Court decision

[20] The Judge summarizes her findings at paragraph 7 of her reasons, reported under the neutral citation 2013 FC 876, [2015] 1 F.C.R. 26 (the reasons) as follows:

parties suffisaient à satisfaire au critère peu exigeant consistant à établir qu'il existe des motifs raisonnables de croire que le PDKI a été l'instigateur ou l'auteur d'actes visant au renversement d'un gouvernement par la force (paragraphe 43 de la décision).

[18] La Section de l'immigration a rejeté l'argument de M. Najafi voulant que le PDKI ait explicitement renoncé à toute forme de violence, affirmant que le PDKI a toujours une aile militaire qui offre une formation sur les tactiques de guerre. Elle a également conclu qu'il existait des éléments de preuve établissant qu'après la renonciation à la violence alléguée, le PDKI avait continué de mener des opérations de guérilla en Iran. Ainsi, même si on devait admettre qu'il y a une exception « lorsqu'une organisation violente s'est transformée en parti politique légitime et a explicitement renoncé à toute forme de violence », cette exception ne s'appliquerait pas au PDKI en l'espèce (paragraphes 11 à 13 de la décision).

[19] La Section de l'immigration a rejeté l'argument de M. Najafi selon lequel l'alinéa 34(1)f) ne devrait pas être interprété de manière à viser une organisation légale au Canada qui ne s'est livrée à aucune activité illégale hors du Canada parce que cela constituerait une violation de son droit constitutionnel à la liberté d'association (alinéa 2d) de la Charte). La Section de l'immigration a conclu que M. Najafi peut continuer de vivre au Canada et de participer librement aux activités du PDKI s'il le souhaite, et qu'il peut demander une dispense ministérielle conformément au paragraphe 34(2) de la LIPR. Elle a donc conclu qu'il est impossible de présumer que le fait de déclarer M. Najafi interdit de territoire en vertu de l'alinéa 34(1)f) de la LIPR aurait « pour lui d'importantes conséquences défavorables sur le plan juridique, encore moins des conséquences suffisantes pour constituer une violation de ses droits prévus par la *Charte* » (paragraphes 16 à 18 de la décision).

### III. La décision de la Cour fédérale

[20] La juge résume ainsi ses conclusions au paragraphe 7 de ses motifs, publiés sous la référence 2013 CF 876, [2015] 1 R.C.F. 26 (les motifs) :

For the reasons that follow, I have determined that the Division's decision should be upheld because it correctly determined that the applicant's Charter rights were not infringed, reasonably determined that he was or had been a member of the KDPI and reasonably held that the KDPI had engaged in "subversion by force" of the Iranian governments. Insofar as concerns the applicant's invocation of international law, I do not believe that the Division erred in finding there was no need to resort to international law or to depart from the settled interpretation of section 34 of the IRPA. Thus, for the reasons below, this application will be dismissed.

(i) Paragraph 34(1)(b) and International law

[21] In Part III of her reasons, starting at paragraph 52, the Judge deals with Mr. Najafi's argument that "subversion by force of any government" (paragraph 34(1)(b) of the IRPA) cannot be construed as including the KDPI's use of force against the Iranian government because it was legitimate to use such force under international law.

[22] After summarizing Mr. Najafi's expert evidence (paragraphs 54 and 55 of the reasons), the Judge ruled that she had to determine three issues, namely:

- (i) What standard of review is applicable?
- (ii) Did the Division commit a reviewable error in failing to consider international law; and
- (iii) If so, does international law mandate the interpretation Mr. Najafi advances?

[23] In respect of the first issue, the Judge acknowledged that the most recent decisions of the Supreme Court of Canada would normally mandate that deference be afforded to the Division's interpretation of its home statute or one closely related to its function. She then considered that a long line of authority shows that determining whether the actions of an individual or an organization fall within the scope of paragraph 34(1)(b) is a question of mixed fact and law and that the two

Pour les motifs qui suivent, je suis arrivée à la conclusion que la décision de la CISR devrait être confirmée parce que la CISR a déterminé, à juste titre, que les droits que le demandeur tire de la Charte n'avaient pas été violés, a estimé de façon raisonnable que le demandeur était ou avait été membre du PDKI, et a jugé de façon raisonnable que le PDKI était l'instigateur d'actes visant au « renversement [...] par la force » de gouvernements iraniens. En ce qui concerne l'argument du demandeur relatif au droit international, je ne crois pas que la SPR a commis une erreur en concluant qu'il n'était pas nécessaire de recourir au droit international ou de s'écarter de l'interprétation de l'article 34 de la LIPR établie par la jurisprudence. Par conséquent, pour les motifs exposés ci-dessous, la présente demande sera rejetée.

i) L'alinéa 34(1)b) et le droit international

[21] Dans la partie III de ses motifs, qui commence au paragraphe 52, la juge se penche sur l'argument de M. Najafi selon lequel le « renversement d'un gouvernement par la force » (alinéa 34(1)b) de la LIPR ne saurait être interprété comme comprenant le recours à la force par le PDKI contre le gouvernement iranien parce qu'il s'agissait d'un recours à la force reconnu comme légitime en droit international.

[22] Après avoir résumé la preuve d'expert de M. Najafi (paragraphes 54 et 55 des motifs), la juge a décidé qu'elle devait trancher trois questions, à savoir :

- i) Quelle est la norme de contrôle applicable?
- ii) La Section de l'immigration a-t-elle commis une erreur, justifiant l'infirmité de sa décision, en ne tenant pas compte du droit international?
- iii) Dans l'affirmative, le droit international exige-t-il que l'on retienne l'interprétation proposée par M. Najafi?

[23] Concernant la première question, la juge a reconnu que, selon les arrêts les plus récents de la Cour suprême du Canada, l'interprétation que la Section de l'immigration fait de sa propre loi constitutive ou d'une loi étroitement liée à son mandat commande habituellement la déférence. Elle a ensuite tenu compte du fait qu'il est de jurisprudence constante que la question de savoir si les actes d'une personne ou d'une organisation sont visés par l'alinéa 34(1)b) est une question mixte de



requirements (the factual and legal interpretation of the words “subversion by force of any government”) are not to be uncoupled (paragraph 59 of the reasons). Furthermore, she notes the similarity between the question before her and the one before this Court in *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 87, [2014] 4 F.C.R. 326 (paragraphs 58 to 60 of the reasons).

[24] The Judge concluded from this analysis that the Division’s finding regarding the applicability of paragraph 34(1)(b) is to be reviewed on the reasonableness standard. However, the Judge expressly held that the selection of the standard of review is not determinative. She found that the Division’s interpretation of paragraph 34(1)(b) is not just reasonable, it is also correct (paragraph 61 of the reasons).

[25] Turning to the second issue under this heading—did the Division err in not considering international law—the Judge found that the context shows that “Parliament intended that the balancing of the soundness of motive for the use of force be a matter for consideration by the Minister under subsection 34(2) of the IRPA and not for the Division under subsection 34(1)” (paragraph 68 of the reasons).

[26] The Judge based this conclusion on her analysis of the wording of the paragraph in the context of the section as a whole, including the legislative history (paragraphs 64 to 67). She also found support for her interpretation of paragraph 34(1)(b) in the case law and in the fact that the presumption that the legislator intended to comply with international law cannot be used to override clear provisions of a statute. Therefore, in her view, the Division did not err in declining to consult international law to construe paragraph 34(1)(b) (paragraphs 69 to 73).

[27] The Judge also went further and found that even if she were wrong concerning how international law was to be handled, Mr. Najafi did not establish that international law recognizes the use of force in furtherance of self-determination in the manner suggested

fait et de droit et que les deux volets (l’interprétation factuelle et juridique des mots « renversement d’un gouvernement par la force ») ne doivent pas être dissociés l’un de l’autre (paragraphe 59 des motifs). Elle a en outre souligné la similitude entre la question dont elle était saisie et celle examinée par notre Cour dans l’arrêt *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 87, [2014] 4 R.C.F. 326 (paragraphes 58 à 60 des motifs).

[24] La juge en a conclu que la conclusion de la Section de l’immigration au sujet de l’applicabilité de l’alinéa 34(1)b) devait être examinée selon la norme de la décision raisonnable. La juge a toutefois précisé que le choix de la norme de contrôle n’était pas déterminant. Elle a estimé que l’interprétation que la Section de l’immigration avait donnée à l’alinéa 34(1)b) était à la fois raisonnable et bien fondée (paragraphe 61 des motifs).

[25] Quant à la deuxième question formulée sous la présente rubrique — soit celle de savoir si la Section de l’immigration a commis une erreur en ne tenant pas compte du droit international — la juge a conclu que le contexte indique que « le législateur souhaitait que l’examen de la légitimité du recours à la force relève du ministre sous le régime du paragraphe 34(2) de la LIPR et non de la SPR sous le régime du paragraphe 34(1) » (paragraphe 68 des motifs).

[26] La juge a fondé cette conclusion sur son analyse du libellé de l’alinéa dans le contexte de l’article dans son ensemble, y compris son historique législatif (paragraphes 64 à 67). Elle a également appuyé son interprétation de l’alinéa 34(1)b) sur la jurisprudence et sur le fait que la présomption que le législateur entendait se conformer au droit international ne saurait être utilisée pour faire fi des dispositions claires d’une loi. À son avis, la Section de l’immigration n’a donc pas commis d’erreur en refusant de recourir au droit international pour interpréter l’alinéa 34(1)b) (paragraphes 69 à 73).

[27] La juge est allée plus loin en concluant que, même si elle se trompait sur la façon de traiter le droit international, M. Najafi n’a pas établi que le droit international reconnaît le droit de recourir à la force pour défendre le droit d’un peuple de disposer de lui-même

(paragraphs 74 to 79 of the reasons). Among other things, the Judge [at paragraph 77] ruled that Mr. Najafi does not fall within the definition of “combatant” as he never performed a “continuous combat function”. She also found that in light of section 25 (the ministerial exemption based on humanitarian and compassionate considerations) and subsection 34(2) of the IRPA, Canada could not be found in contravention of its international obligations simply because Mr. Najafi was found inadmissible under subsection 34(1) of the IRPA (paragraphs 74 to 79 of the reasons).

(ii) Paragraph 2(d) of the Charter

[28] In paragraphs 23 to 51 of her reasons, the Judge analysed Mr. Najafi’s submission that the Division’s interpretation violates the right to freedom of association under paragraph 2(d) of the Charter and, thus, offends the presumption that Parliament intended the IRPA to operate in accordance with the Charter.

[29] The Division construed paragraph 34(1)(f) without reference to this presumption of compliance with the Charter because, in its view, the matter did not engage a constitutional right.

[30] On this issue, the Judge applied the standard of correctness, and rejected the Minister’s argument that the reasonableness standard set out by the Supreme Court of Canada in *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395 (*Doré*) applied. In her view, the deferential standard of reasonableness does not apply when the Division is called upon to make substantive findings on Charter rights, which is what happened here. The Judge further noted that the role of the Division is entirely different from that of the Minister under subsection 34(2). In her view, it is only in the latter case—when the Minister is exercising his statutory discretion—that the decision will be reviewable under the reasonableness standard for compliance with the Charter in accordance with *Doré* (paragraphs 32 and 36 of her reasons).

de la manière suggérée (paragraphes 74 à 79 des motifs). Elle a notamment statué [au paragraphe 77] que M. Najafi n’est pas visé par la définition de « combattant » puisqu’il n’a jamais « [TRADUCTION] “exercé des fonctions de combattant de façon continue” ». Elle a également conclu que, compte tenu de l’article 25 (l’exemption ministérielle pour motifs d’ordre humanitaire) et du paragraphe 34(2) de la LIPR, on ne pouvait conclure que le Canada contrevenait à ses obligations internationales simplement parce que M. Najafi était déclaré interdit de territoire en vertu du paragraphe 34(1) de la LIPR (paragraphes 74 à 79 des motifs).

ii) Alinéa 2d) de la Charte

[28] Aux paragraphes 23 à 51 de ses motifs, la juge a analysé la prétention de M. Najafi selon laquelle l’interprétation de la Section de l’immigration viole le droit à la liberté d’association garanti par l’alinéa 2d) de la Charte, et va donc à l’encontre de la présomption que le législateur entendait que la LIPR s’applique dans le respect de la Charte.

[29] La Section de l’immigration a interprété l’alinéa 34(1)f) en faisant abstraction de cette présomption de respect de la Charte parce que, à son avis, l’affaire ne faisait pas entrer en jeu un droit constitutionnel.

[30] Sur cette question, la juge a appliqué la norme de la décision correcte et a rejeté l’argument du ministre voulant que la norme de la décision raisonnable énoncée par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395 (*Doré*) s’applique. À son avis, la norme déferente de la raisonabilité ne s’applique pas lorsque la Section de l’immigration est appelée à tirer des conclusions sur le fond au sujet de droits garantis par la Charte, comme en l’espèce. La juge a ajouté que le rôle que joue la Section de l’immigration est entièrement différent de celui confié au ministre par le paragraphe 34(2). À son avis, ce n’est que dans ce dernier cas — lorsque le ministre exerce un pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par la loi — que la décision est assujettie à la norme de la décision raisonnable en vue de vérifier si elle est conforme à la Charte au sens de l’arrêt *Doré* (paragraphes 32 et 36 de ses motifs).

[31] In respect of the merits of Mr. Najafi's argument, the Judge relied on *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, and *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, to reject the Minister's argument that paragraph 2(d) was not engaged at all because this matter only involved the removal of legislated benefits (see paragraph 11 of the reasons, in which the Judge describes the impact of the Division's decision on Mr. Najafi).

[32] The Judge agreed with the Minister that the decision of the Supreme Court of Canada in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 (*Suresh*) offers much guidance in respect of Mr. Najafi's submissions in this case. She first noted that in *Suresh*, the Supreme Court of Canada held that freedom of association does not extend to protect the act of joining or belonging to an organization that engages in violence. In her view, the Supreme Court of Canada also gave short shrift to Mr. Suresh's argument that all his activities in Canada were perfectly legal. Finally, she relied on the following passage of *Suresh* [at paragraph 110], which dealt with section 19 (the predecessor to section 34):

We believe that it was not the intention of Parliament to include in the s. 19 class of suspect persons those who innocently contribute to or become members of terrorist organizations. This is supported by the provision found at the end of s. 19, which exempts from the s. 19 classes "persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest". Section 19 must therefore be read as permitting a refugee to establish that his or her continued residence in Canada will not be detrimental to Canada, notwithstanding proof that the person is associated with or is a member of a terrorist organization. This permits a refugee to establish that the alleged association with the terrorist group was innocent. In such case, the Minister, exercising her discretion constitutionally, would find that the refugee does not fall within the targeted s. 19 class of persons eligible for deportation on national security grounds.

[31] Quant au bien-fondé de la prétention de M. Najafi, la juge s'est appuyée sur les arrêts *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, et *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, pour rejeter l'argument du ministre voulant que l'alinéa 2d) ne s'applique pas du tout parce que la présente affaire ne concernait que la suppression d'avantages conférés par une loi (voir le paragraphe 11 des motifs, où la juge décrit les conséquences de la décision de la Section de l'immigration sur M. Najafi).

[32] La juge a souscrit à l'opinion du ministre voulant que l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 (*Suresh*) donne de bonnes balises relativement aux prétentions de M. Najafi en l'espèce. Elle a d'abord souligné que, dans l'arrêt *Suresh*, la Cour suprême du Canada a statué que la liberté d'association ne s'étendait pas à la protection de l'acte consistant à adhérer ou à appartenir à une organisation qui se livre à des actes de violence. À son avis, la Cour suprême du Canada a également balayé l'argument de M. Suresh portant que toutes ses activités au Canada étaient parfaitement légales. Enfin, elle s'est appuyée sur le passage suivant de l'arrêt *Suresh* [au paragraphe 110], qui traitait de l'article 19 (remplacé par l'article 34) :

Nous croyons que le législateur n'avait pas l'intention d'inclure dans la catégorie de personnes suspectes décrite à l'art. 19 celles qui, en toute innocence, apportent une contribution à des organisations terroristes ou en deviennent membres. Cette interprétation trouve appui dans la disposition édictée à la fin de l'art. 19, qui exclut des catégories décrites à l'art. 19 les personnes qui « convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national ». L'article 19 doit donc être considéré comme ayant pour effet de permettre à un réfugié de prouver que le fait qu'il continue de résider au Canada ne sera pas préjudiciable au Canada, malgré la preuve qu'il est associé à une organisation terroriste ou qu'il en est membre. Un réfugié peut ainsi établir que l'association avec le groupe terroriste qu'on lui reproche avait un caractère innocent. En pareil cas, la ministre exercerait son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la Constitution en concluant que le réfugié n'appartient pas à la catégorie — visée à l'art. 19 — de personnes susceptibles d'expulsion pour des raisons de sécurité nationale.

[33] The Judge then reviewed the most relevant Federal Court decisions since *Suresh*. Having acknowledged Mr. Najafi's argument that these cases, as well as *Suresh*, are distinguishable on their facts, the Judge nevertheless found that all of these cases support the principle that paragraph 2(d) of the Charter does not protect membership in organizations that use violence. All agree that the KDPI engaged in violence many years as part of its campaign to overthrow two different regimes in Iran.

[34] Having satisfied herself that there would be no violation of Mr. Najafi's constitutional rights, the Judge notes that it was unnecessary to go on to discuss the rationale offered by the Division.

#### IV. Legislation

[35] At the relevant time, the sections of the IRPA of interest read as follows:

Objective — immigration      **3.** (1) The objectives of this Act with respect to immigration are

...

(h) to protect public health and safety and to maintain the security of Canadian society;

...

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

...

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

...

[33] La juge a ensuite examiné les décisions de la Cour fédérale les plus pertinentes depuis l'arrêt *Suresh*. Après avoir souscrit à l'argument de M. Najafi voulant qu'il y ait lieu d'établir une distinction entre la présente espèce et ces affaires, ainsi que l'affaire *Suresh*, sur le plan des faits, la juge a néanmoins conclu que toutes ces décisions appuient le principe selon lequel l'alinéa 2d) de la Charte ne protège pas le droit d'adhérer à des organisations qui se livrent à des actes de violence. Tous s'entendent pour dire que le PDKI s'est livré à des actes de violence pendant de nombreuses années dans le cadre de la campagne qu'il a menée pour renverser deux régimes différents en Iran.

[34] Après s'être assurée qu'il n'y avait aucune violation des droits constitutionnels de M. Najafi, la juge a indiqué qu'il n'était pas nécessaire de se pencher sur le raisonnement proposé par la Section de l'immigration.

#### IV. Les dispositions législatives

[35] À l'époque pertinente, les dispositions de la LIPR qui nous intéressent sont les suivantes :

**3.** (1) En matière d'immigration, la présente loi a pour objet :

Objet en matière d'immigration

[...]

h) de protéger la santé et la sécurité publiques et de garantir la sécurité de la société canadienne;

[...]

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

Interprétation et mise en œuvre

[...]

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

[...]

	<i>f</i> ) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.	<i>f</i> ) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.	
	...	[...]	
Security	<b>34.</b> (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for	<b>34.</b> (1) Emportent interdiction de territoire pour raison de sécurité les faits suivants :	Sécurité
	<i>a</i> ) engaging in an act of espionage or an act of subversion against a democratic government, institution or process as they are understood in Canada;	<i>a</i> ) être l'auteur d'actes d'espionnage ou se livrer à la subversion contre toute institution démocratique, au sens où cette expression s'entend au Canada;	
	<i>b</i> ) engaging in or instigating the subversion by force of any government;	<i>b</i> ) être l'instigateur ou l'auteur d'actes visant au renversement d'un gouvernement par la force;	
	<i>c</i> ) engaging in terrorism;	<i>c</i> ) se livrer au terrorisme;	
	<i>d</i> ) being a danger to the security of Canada;	<i>d</i> ) constituer un danger pour la sécurité du Canada;	
	<i>e</i> ) engaging in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada; or	<i>e</i> ) être l'auteur de tout acte de violence susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité d'autrui au Canada;	
	<i>f</i> ) being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph <i>a</i> ), <i>b</i> ) or <i>c</i> ).	<i>f</i> ) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte visé aux alinéas <i>a</i> ), <i>b</i> ) ou <i>c</i> ).	
Exception	(2) The matters referred to in subsection (1) do not constitute inadmissibility in respect of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest.	(2) Ces faits n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.	Exception
	(2) [Repealed, 2013, c. 16, s. 13]	(2) [Abrogé, 2013, ch. 16, art. 13]	
	(As mentioned earlier, subsection 34(2) was repealed and a new version enacted in subsection 42.1(1) of the IRPA in June 2013.)	(Tel que déjà mentionné, le paragraphe 34(2) a été abrogé et une nouvelle version adoptée au paragraphe 42.1(1) de la LIPR en juin 2013.)	

## V. The Issues

[36] The Judge certified the question set out in paragraph 2 above. Mr. Najafi states in the conclusion of his memorandum (at paragraph 116) that this question should be answered in the affirmative. However, in his memorandum (see paragraphs 2 to 5, 54 and 92 to 114)

## V. Les questions en litige

[36] La juge a certifié la question énoncée au paragraphe 2 ci-dessus. Dans la conclusion de son mémoire (au paragraphe 116), M. Najafi affirme qu'il faut répondre par l'affirmative à cette question. Toutefois, il n'a jamais, ni dans son mémoire (voir les paragraphes 2 à 5, 54 et 92

and, at the hearing before us, he never addressed the question as formulated by the Judge.

[37] Mr. Najafi reformulates the substantive questions to be reviewed on appeal as follows:

Did the Court err in its assessment of the Division's failure to apply international law principles to its interpretation of "subversion by force" in paragraph 34(1)(b) of the IRPA?

Did the Court err in its assessment of the appellant's arguments on subversion by force of any government?

[38] Also, Mr. Najafi raises the following question in his memorandum:

Did the Applications judge err in law by finding that the Tribunal decision did not breach the Appellant's section 2(d) right to freedom of association under the Charter?

However, as I explain in paragraphs 99 and 100 below, my focus will be on the interpretation of paragraph 34(1)(f) of the IRPA.

[39] Mr. Najafi does not challenge any of the Division's factual findings. Indeed, Mr. Najafi relies on the Division's finding that he was a member of the KDPI to support his submission on the issues referred to above, particularly his argument based on paragraph 2(d) of the Charter.

## VI. Analysis

### A. *The Certified Question and paragraph 34(1)(b) of the IRPA*

#### (1) Preliminary comments

[40] It is trite law that the threshold for certifying a question is: is there "a serious question of general importance which would be dispositive of an appeal", (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Zazai*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, at paragraph 11).

à 114) ni à l'audience, abordé la question telle qu'elle a été formulée par la juge.

[37] M. Najafi reformule ainsi les questions de fond qui doivent être examinées en appel :

La Cour a-t-elle commis une erreur dans son appréciation de l'omission de la Section de l'immigration d'appliquer les principes de droit international à son interprétation des mots « renversement d'un gouvernement par la force » figurant à l'alinéa 34(1)(b) de la LIPR?

La Cour a-t-elle commis une erreur dans son appréciation des arguments de l'appelant concernant le renversement d'un gouvernement par la force?

[38] M. Najafi soulève également la question suivante dans son mémoire :

La juge de première instance a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que la décision du Tribunal ne violait pas le droit à la liberté d'association que garantit à l'appelant l'alinéa 2d) de la *Charte*?

Cependant, comme je l'explique aux paragraphes 99 et 100 ci-dessous, je m'en tiendrai à l'interprétation de l'alinéa 34(1)(f) de la LIPR.

[39] M. Najafi ne conteste aucune des conclusions de fait de la Section de l'immigration. Il se fonde d'ailleurs sur la conclusion de la Section de l'immigration selon laquelle il était un membre du PDKI pour étayer ses prétentions sur les questions susmentionnées, particulièrement celle fondée sur l'alinéa 2d) de la *Charte*.

## VI. Analyse

### A. *La question certifiée et l'alinéa 34(1)(b) de la LIPR*

#### 1) Commentaires préliminaires

[40] Il est bien établi en droit que l'exigence préliminaire qui s'applique à la certification d'une question consiste à se demander s'il y a « une question grave de portée générale qui permettrait de régler un appel » (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Zazai*, 2004 CAF 89, au paragraphe 11).



[41] It is worth reproducing again the question certified by the Judge:

“Do Canada’s international law obligations require the Immigration Division, in interpreting paragraph 34(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, to exclude from inadmissibility those who participate in an organization that uses force in an attempt to subvert a government in furtherance of an oppressed people’s claimed right to self-determination?”

[42] At paragraph 90 of the reasons, the Judge states very clearly that the question she was willing to certify concerns the interplay of the right alleged to exist under international law and the interpretation to be afforded to paragraph 34(1)(b) of the IRPA. However, if one takes the certified question literally, it is evident that international law does not require any exclusion, for it normally has no direct application in the domestic law of Canada. Moreover, this would not constitute a serious question, given that the role of international law in the interpretation of statutes i.e. the interplay between the two) has been discussed in several decisions of the Supreme Court of Canada and of this Court, including decisions dealing specifically with the IRPA. The established principles are of general application. Thus, they do apply to the interpretation of paragraph 34(1)(b) of the IRPA.

[43] These principles are summarized in Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008), chapter 20 (*Construction of Statutes*, 2008). As noted by the author at page 537, international law is generally used as an aid in interpreting domestic legislation. Both parties agree that the presumption that the legislator intended to comply with Canada’s international law obligations is rebuttable.

[44] This may well explain why, as mentioned earlier, Mr. Najafi reformulated the questions to be answered in respect of paragraph 34(1)(b) (see paragraph 37 above).

[45] That said, the Judge’s intent becomes clear when one considers her comments in context—both the

[41] Il y a lieu de reproduire de nouveau la question certifiée par la juge :

« Est-ce que les obligations du Canada, en matière de droit international, obligent la Section de l’immigration, lors de son interprétation de l’alinéa 34(1)(b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2011, ch. 27, d’exclure de l’interdiction de territoire ceux qui participent dans une organisation qui utilise la force dans une tentative de renverser un gouvernement en vue de faire avancer le droit revendiqué par un peuple opprimé à l’autodétermination? »

[42] Au paragraphe 90 des motifs, la juge indique très clairement que la question qu’elle est disposée à certifier concerne l’interaction entre, d’une part, le présumé droit reconnu par le droit international et, d’autre part, l’interprétation à donner à l’alinéa 34(1)(b) de la LIPR. Cependant, si on interprète littéralement la question certifiée, il est manifeste que le droit international n’oblige à aucune exclusion, car il n’a habituellement aucune application directe en droit canadien. En outre, cela ne constituerait pas une question grave, étant donné que le rôle du droit international dans l’interprétation des lois (c.-à-d. l’interaction entre les deux) a été analysé dans plusieurs décisions de la Cour suprême du Canada et de notre Cour, dont certaines portaient précisément sur la LIPR. Les principes établis ayant une portée générale, ils s’appliquent donc à l’interprétation de l’alinéa 34(1)(b) de la LIPR.

[43] Ces principes sont résumés par la professeure Ruth Sullivan au chapitre 20 de son ouvrage intitulé *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008) (*Construction of Statutes*, 2008). Comme l’auteure l’indique à la page 537, le droit international est généralement utilisé pour faciliter l’interprétation de la législation interne. Les deux parties s’entendent pour dire que la présomption selon laquelle le législateur entendait respecter les obligations du Canada en matière de droit international est réfutable.

[44] Ceci pourrait bien expliquer pourquoi, comme je l’ai déjà mentionné, M. Najafi a reformulé les questions à trancher concernant l’alinéa 34(1)(b) (voir le paragraphe 37 ci-dessus).

[45] Ceci dit, l’intention de la juge se précise lorsque l’on examine ses commentaires dans leur contexte — la

Division and the Judge concluded that the presumption referred to above was rebutted without the need to consider and assess the content of international law because of the clear and unambiguous wording of paragraph 34(1)(b).

[46] From this, I understand that the question to be answered by this Court is:

Can paragraph 34(1)(b) of the IRPA be interpreted to exclude from its ambit the alleged right to use force in an attempt to subvert a certain type of government in furtherance of an oppressed people's claimed right to self-determination assuming that such right is recognized under Protocol I of the Geneva Conventions of 1949?

*B. The international law in issue: preliminary comments*

[47] In this case, the only relevant international human rights instrument to which Canada is a signatory, within the meaning of paragraph 3(3)(f) of the IRPA, is the *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)* [being Sch. V of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3], 8 June 1977, 1125 U.N.T.S. 3, ratified by Canada in 1990 (Protocol I).

[48] It is well known that the Geneva Conventions to which Protocol I relates and Protocol I itself are intended to protect the civilian population during an armed conflict as defined therein as well as the rights and obligations of “combatants” within the meaning of Protocol I and the Geneva Conventions. Thus, these instruments generally deal with what is often referred to in international law as *jus in bello* (conduct of war) as opposed to *jus ad bellum* (the right to wage war).

[49] The international law issue that is relevant in this appeal is not whether international law recognizes the right of oppressed peoples to self-determination. That

Section de l'immigration et la juge ont toutes deux conclu que la présomption dont il a été question ci-dessus a été réfutée sans qu'il soit nécessaire d'examiner et d'apprécier le contenu du droit international en raison de la clarté et de l'absence d'ambiguïté du libellé de l'alinéa 34(1)(b).

[46] J'en conclus que la question que doit trancher notre Cour est la suivante :

L'alinéa 34(1)(b) de la LIPR peut-il être interprété de manière à exclure de sa portée le droit allégué d'avoir recours à la force pour tenter de renverser un certain type de gouvernement en vue de faire avancer le droit revendiqué par un peuple opprimé à l'autodétermination, en supposant qu'un tel droit soit reconnu par le Protocole I des Conventions de Genève de 1949?

*B. Le droit international en cause : commentaires préliminaires*

[47] En l'espèce, le seul instrument international pertinent portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire, au sens de l'alinéa 3(3)(f) de la LIPR, est le *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)* [qui est l'annexe V de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3], 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 3, ratifié par le Canada en 1990 (Protocole I).

[48] Il est bien établi que les Conventions de Genève auxquelles le Protocole I se rapporte et le Protocole I lui-même visent à protéger la population civile au cours d'un conflit armé, selon la définition qui y est énoncée, ainsi que les droits et obligations des « combattants » au sens du Protocole I et des Conventions de Genève. Ainsi, ces instruments traitent généralement de ce qui est souvent qualifié en droit international de *jus in bello* (la conduite de la guerre) par opposition au *jus ad bellum* (le droit de faire la guerre).

[49] La question de droit international qui est en cause dans le présent appel n'est pas de savoir si le droit international reconnaît le droit des peuples opprimés de

concept is not disputed. It was considered in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

[50] Rather, the focus is on whether force can be used to achieve external self-determination against colonial domination, or alien occupation and racist regimes. As acknowledged during the hearing, Mr. Najafi's experts do not rely on an alleged customary rule of international law in that respect. In fact, in his affidavit, René Provost, at paragraph 34, clearly states that:

The manner by which a people can arrive at and express a choice under its right to external self-determination is not clearly stipulated by international law.

[51] Mr. Najafi's position appears to be that in this very narrow set of circumstances, the legality of an oppressed people's use of force to exercise the right to self-determination is positively affirmed in binding treaties. Mr. Najafi's experts point only to Protocol I in support of this assertion (see for example René Provost's affidavit at paragraph 41). The argument is that the use of force (i.e. violence) by the KPDI is therefore legitimate, and as such, cannot fall within the ambit of "subversion by force of any government" within the meaning of paragraph 34(1)(b).

[52] I do not understand Mr. Najafi to say that Protocol I or the Geneva Conventions contain any provision dealing specifically with the right of combatants to be granted entry to the signatories' territories. Neither Protocol I nor the Geneva Conventions requires the signatories to grant any type of immigration status to these combatants or anybody else in their countries. As a matter of fact, there is no such provision.

[53] Hence, nobody actually argues that by setting out an inadmissibility provision such as paragraph 34(1)(b) in the IRPA, Canada would be in violation of Protocol I or the Geneva Conventions.

[54] This is in contrast to the 1951 *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (the Refugee Convention) which expressly deals with the grant of a specific

disposer d'eux-mêmes. Cette notion n'est pas contestée. Elle a été examinée dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

[50] Il s'agit plutôt de savoir si la force peut être utilisée pour parvenir à l'autonomie externe dans les cas de domination coloniale, d'occupation étrangère ou de régime raciste. Comme il a été reconnu à l'audience, les experts de M. Najafi ne se fondent pas sur une prétendue règle coutumière du droit international à cet égard. En effet, au paragraphe 34 de son affidavit, René Provost dit clairement ceci :

[TRADUCTION] La manière dont un peuple peut faire un choix et l'exprimer dans le cadre de l'exercice de son droit à l'auto-détermination externe n'est pas clairement énoncée par le droit international.

[51] M. Najafi semble être d'avis que, dans cet ensemble très précis de circonstances, la légalité du recours à la force par un peuple opprimé pour exercer son droit de disposer de lui-même est confirmée dans des traités ayant force obligatoire. Les experts de M. Najafi ne citent que le Protocole I à l'appui de cette affirmation (voir, par exemple, l'affidavit de René Provost, au paragraphe 41). Selon cet argument, le recours à la force (c.-à-d. la violence) par le KPDI est donc légitime et ne saurait, de ce fait, être visé par le « renversement d'un gouvernement par la force » au sens de l'alinéa 34(1)(b).

[52] Je ne comprends pas pourquoi M. Najafi dit que le Protocole I ou les Conventions de Genève contiennent des dispositions traitant précisément du droit des combattants d'entrer sur les territoires des signataires. Ni le Protocole I ni les Conventions de Genève n'obligent les signataires à accorder quelque statut d'immigration que ce soit à ces combattants ou à qui que ce soit d'autre dans leur pays. En fait, une telle disposition n'existe pas.

[53] En conséquence, personne ne prétend vraiment qu'en édictant une disposition emportant interdiction de territoire comme l'alinéa 34(1)(b) de la LIPR, le Canada violait le Protocole I ou les Conventions de Genève.

[54] Cela va à l'encontre de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] de 1951 (la Convention relative aux réfugiés) qui prévoit expressément l'octroi d'un

status—refugee status. As mentioned, Mr. Najafi still has refugee status, despite the fact that he was found to be inadmissible. It is worth reiterating that inadmissibility should not be confused with removal; these are two distinct concepts. It is not disputed that Mr. Najafi cannot be removed without additional substantive steps being taken in accordance with the provisions in the IRPA meant to ensure protection against “refoulement” as set out in the Refugee Convention.

### C. *The standard of review*

[55] In this appeal, this Court’s role is to assess whether the Judge chose the appropriate standard of review for each of the questions before her and whether she applied them properly (*Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 (*Agraira*), at paragraphs 45 to 47).

[56] Turning now to the standard chosen by the Judge, I agree with her analysis that there is no basis, in the present context, for ousting the presumption that deference should be afforded to the Division’s interpretation of its home statute (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 34; *Agraira*, at paragraph 50; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraphs 20, 21 and 33). This is especially so when one considers that the issue here is not whether the Division improperly interpreted an international instrument or a rule of customary international law. Rather, it is whether it erred in concluding that the legitimacy of the use of force is not an issue to be considered because of the clear and unambiguous language of paragraph 34(1)(b) of the IRPA.

[57] This means that to determine if the Judge applied the standard appropriately, I must assess whether on the appropriate contextual and purposive analysis of paragraph 34(1)(b), the interpretation adopted by the

statut particulier — celui de réfugié. Comme je l’ai déjà mentionné, M. Najafi a toujours la qualité de réfugié, malgré le fait qu’il a été déclaré interdit de territoire. Il convient de rappeler qu’il ne faut pas confondre l’interdiction de territoire avec le renvoi; il s’agit de deux notions distinctes. Personne ne conteste le fait que M. Najafi ne peut faire l’objet d’un renvoi sans que d’autres mesures importantes soient prises conformément aux dispositions de la LIPR visant à assurer une protection contre le « refoulement », comme l’exige la Convention relative aux réfugiés.

### C. *La norme de contrôle*

[55] Dans le présent appel, le rôle de notre Cour est de déterminer si la juge a choisi la norme de contrôle appropriée pour chacune des questions dont elle était saisie et si elle les a appliquées correctement (*Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 (*Agraira*), aux paragraphes 45 à 47).

[56] En ce qui concerne maintenant la norme que la juge a choisie, je souscris à son analyse voulant que rien ne permette, dans le présent contexte, d’écarter la présomption selon laquelle il faut faire preuve de retenue à l’égard de l’interprétation que la Section de l’immigration fait de sa propre loi constitutive (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 34; *Agraira*, au paragraphe 50; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, aux paragraphes 20, 21 et 33). Cela est d’autant plus vrai quand on considère que la question en l’espèce n’est pas de savoir si la Section de l’immigration a mal interprété un instrument international ou une règle coutumière du droit international. Il s’agit plutôt de savoir si elle a commis une erreur en concluant que la question de la légitimité du recours à la force ne se pose pas en raison de la clarté et de l’absence d’ambiguïté du libellé de l’alinéa 34(1)(b) de la LIPR.

[57] Ceci signifie que, pour déterminer si la juge a appliqué la norme de façon appropriée, je dois me demander si, selon une analyse contextuelle et téléologique appropriée de l’alinéa 34(1)(b), l’interprétation

Division is within the range of possible, acceptable outcomes.

*D. Interpretation of paragraph 34(1)(b)*

[58] Before embarking on my analysis of the Division's interpretation of paragraph 34(1)(b), I will deal briefly with two arguments put forth by Mr. Najafi.

[59] First, at the hearing, Mr. Najafi submitted that, as a matter of principle, neither the Division nor the Judge could conclude that the presumption of compliance was ousted before examining his expert evidence on the legitimacy of the KDPI's use of force. Second, he argued that again, as a matter of principle, to oust the presumption referred to above, the legislator must expressly state that its international obligations should be disregarded (memorandum of fact and law, paragraph 93).

[60] With respect to the first question, it is clear that like any decision maker tasked with statutory interpretation, the Division must apply the Driedger modern approach to statutory interpretation (*Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983, at page 87):

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.

[61] International law may be an important part of the legal context, but it is only one of many factors and presumptions that are considered in applying this modern approach. In my view, relevant international law, like other relevant elements of the legal context, should ideally be taken into account before concluding whether or not a text is clear or ambiguous. I note that this is also the view expressed in *Construction of Statutes*, 2008, at page 547, but as mentioned by the author, many courts still consider ambiguity a prerequisite.

adoptée par la Section de l'immigration appartient aux issues possibles et acceptables.

*D. Interprétation de l'alinéa 34(1)b)*

[58] Avant d'entreprendre mon analyse de l'interprétation que la Section de l'immigration a donnée à l'alinéa 34(1)b), je traiterai brièvement de deux arguments avancés par M. Najafi.

[59] Premièrement, à l'audience, M. Najafi a fait valoir qu'en principe, ni la Section de l'immigration ni la juge ne pouvaient conclure que la présomption de respect était écartée avant d'avoir examiné sa preuve d'expert sur la légitimité du recours à la force par le PDKI. Deuxièmement, il a soutenu qu'en principe encore une fois, pour que ladite présomption puisse être écartée, le législateur doit indiquer expressément que ses obligations internationales ne doivent pas être prises en compte (mémoire des faits et du droit, au paragraphe 93).

[60] Quant à la première question, il est clair que, comme n'importe quel tribunal chargé d'interpréter des lois, la Section de l'immigration doit appliquer la méthode moderne d'interprétation des lois préconisée par le professeur Driedger (*Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 1983, à la page 87) :

[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.

[61] Le droit international peut constituer un élément important du contexte juridique, mais il n'est qu'un des nombreux facteurs et présomptions qui sont examinés dans l'application de cette méthode moderne. À mon avis, le droit international applicable, comme les autres éléments pertinents du contexte juridique, devrait idéalement être pris en compte avant de déterminer si un texte est clair ou ambigu. Je souligne qu'il s'agit également de l'opinion exprimée dans *Construction of Statutes*, 2008, à la page 547, mais, comme le mentionne l'auteur, plusieurs tribunaux considèrent encore l'ambiguïté comme une condition préalable.



[62] That said, the modern approach is contextual. There is therefore no single way to apply it. Indeed, there may be cases where the other factors of the relevant context are so strongly in favour of a particular interpretation that international law could only have little to no impact. In such cases, a decision maker may not be required to go through the exercise of assessing the evidence before it, particularly when what is argued is not really a direct violation of an international instrument to which Canada is a signatory, or does not involve a particularly well established rule of customary international law.

[63] Moreover, recently, the Supreme Court of Canada in *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281 (*Németh*), made the point that section 115 of the IRPA, read in the context of the statute as a whole, was clear, before it reviewed the extent of Canada's obligations under the Refugee Convention. Thereafter, having reviewed the Refugee Convention and concluded that it provided far more than what was reflected by the meaning it earlier ascribed to section 115, the Court simply said that the clear meaning of the section must be given effect as the presumption of compliance with international law is rebuttable (paragraphs 31, 34 and 35).

[64] Turning to Mr. Najafi's second argument, I cannot agree that the legislator must expressly state in the provision at issue that its international obligations should be overcome. If it were so, the Supreme Court of Canada could not have reached the conclusion that it did in *Németh* that section 115 of the IRPA does not address removal by extradition when it was acknowledged that the ordinary meaning of the words used in the section, "removed from Canada", could include extradition as a form of removal. Thus, the matter is not one of principle. Rather, it is simply a question of properly applying the contextual approach, taking into consideration the words of paragraph 34(1)(b) (in French and English) and reading them in their entire context harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament. In assessing the reasonableness of the Division's interpretation, I will now proceed in this way.

[62] Cela dit, la méthode moderne est contextuelle. Il n'existe donc pas une façon unique de l'appliquer. En effet, il peut y avoir des cas où les autres facteurs du contexte pertinent militent si fortement en faveur d'une interprétation donnée que le droit international n'y changerait pas grand-chose. Dans de tels cas, le tribunal peut ne pas avoir à se livrer à l'exercice de l'appréciation de la preuve dont il est saisi, surtout lorsque ce qui est invoqué ne constitue pas véritablement une violation directe d'un instrument international dont le Canada est signataire, ou ne concerne pas une règle coutumière du droit international particulièrement bien établie.

[63] En outre, dans l'arrêt *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281 (*Németh*), la Cour suprême du Canada a récemment souligné que l'article 115 de la LIPR, lu dans le contexte de la loi dans son ensemble, était clair, avant de se pencher sur la portée des obligations que la Convention relative aux réfugiés impose au Canada. Ensuite, après avoir examiné la Convention relative aux réfugiés et conclu qu'elle allait plus loin que ce qui ressortait du sens qu'elle avait d'abord attribué à l'article 115, la Cour a simplement dit qu'il fallait donner effet au sens clair de cette disposition puisque la présomption de respect du droit international est réfutable (paragraphes 31, 34 et 35).

[64] En ce qui concerne le second argument de M. Najafi, je ne saurais convenir que le législateur doit indiquer expressément dans la disposition en cause que ses obligations internationales ne doivent pas être prises en compte. Si c'était le cas, la Cour suprême du Canada n'aurait pas pu tirer la conclusion qu'elle a tirée dans l'arrêt *Németh* selon laquelle l'article 115 de la LIPR ne concerne pas le renvoi par extradition alors qu'il a été reconnu que le sens ordinaire du mot « renvoyée » employé dans cette disposition pouvait englober l'extradition comme forme de renvoi. Il ne s'agit donc pas d'une question de principe. Il s'agit plutôt simplement d'appliquer correctement la méthode contextuelle, en tenant compte des termes de l'alinéa 34(1)b) (en français et en anglais) et en les lisant dans leur contexte global d'une manière qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur. Pour apprécier le caractère raisonnable de l'interprétation de la Section de l'immigration, je procéderai maintenant de cette façon.



[65] As noted by the Division, the word “subversion” is not defined in the Act, and there is no universally adopted definition of the term. The *Black’s Law Dictionary’s* definition to which the Division refers at paragraph 27 (particularly, the words “[t]he act or process of overthrowing ... the government”) is very much in line with the ordinary meaning of the French text (“*actes visant au renversement d’un gouvernement*”). Although in certain contexts, the word “subversion” may well be understood to refer to illicit acts or acts done for an improper purpose, the words used in the French text do not convey any such connotation. I am satisfied that the shared meaning of the two texts does not ordinarily include any reference to the legality or legitimacy of such acts.

[66] I note that the word “subversion” is used only in the English version of paragraph 34(1)(b), while it is used in both the English and French versions of paragraph 34(1)(a). This may or may not signal a different meaning, but it is not my purpose to properly construe paragraph 34(1)(a) in this appeal. I will only note that in *Qu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 71 (T.D.), revd 2001 FCA 399, [2002] 3 F.C. 3, the applications Judge was dealing with a predecessor of paragraph 34(1)(a), and this Court never had to deal with the meaning of “subversion” on appeal.

[67] In the provision at issue here, the word “subversion” must be read in the context of the expression “subversion by force of any government” (in French: “*actes visant au renversement d’un gouvernement par la force*”), whereas in paragraph 34(1)(a), it is used in reference to “an act of subversion against a democratic government”.

[68] While Mr. Najafi has attempted to frame the debate around the interpretation in terms of the words “subversion by force” in paragraph 34(1)(b), and the legitimacy of the use of the force in certain contexts mentioned above under international law, it is apparent

[65] Comme l’a fait remarquer la Section de l’immigration, la Loi ne définit pas le terme anglais « *subversion* » (en français : « renversement »), et il n’en existe pas de définition adoptée par tous. La définition du *Black’s Law Dictionary* à laquelle la Section de l’immigration se réfère au paragraphe 27 (en particulier, les mots « *[t]he act or process of overthrowing [...] the government* ») est tout à fait conforme au sens ordinaire du texte français (« actes visant au renversement d’un gouvernement »). Bien que, dans certains contextes, le terme anglais « *subversion* » puisse être interprété comme désignant des actes illicites ou des actes posés à des fins détournées, les mots employés dans le texte français ne revêtent pas une telle connotation. Je suis convaincue que le sens commun des deux textes ne comporte généralement aucune mention de la légalité ou de la légitimité de ces actes.

[66] Je note que le mot « *subversion* » n’est employé que dans la version anglaise de l’alinéa 34(1)(b), alors qu’il est employé dans les deux versions, anglaise et française, de l’alinéa 34(1)(a). Cela peut indiquer ou non un sens différent, mais je n’ai pas l’intention d’interpréter correctement l’alinéa 34(1)(a) dans le présent appel. Je me contenterai de souligner que, dans la décision *Qu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] 4 C.F. 71 (1<sup>re</sup> inst.), inf. par 2001 CAF 399, [2002] 3 C.F. 3, la juge de première instance devait se pencher sur une version antérieure de l’alinéa 34(1)(a), et que notre Cour n’a jamais eu à se prononcer sur le sens du terme « *subversion* » en appel.

[67] Dans la version anglaise de la disposition en cause en l’espèce, le terme « *subversion* » doit être lu dans le contexte de l’expression « *subversion by force of any government* » (en français : « actes visant au renversement d’un gouvernement par la force »), tandis que, à l’alinéa 34(1)(a), il est employé relativement à « *an act of subversion against a democratic government* » (en français : « la subversion contre toute institution démocratique »).

[68] Bien que M. Najafi ait tenté de faire porter le débat sur l’interprétation des mots « *subversion by force* » (en français : « renversement d’un gouvernement par la force ») figurant à l’alinéa 34(1)(b), et sur la légitimité du recours à la force dans certains contextes

from the expert evidence he relies on that a key question is the legitimacy of the government against which such use of force is directed.

[69] The notion of an oppressed people's right of self-determination to use force on which he relies, is directly linked to the "illegitimacy" of the government being opposed because of colonial domination or alien occupation and racism.

[70] This is why the Judge put as much emphasis as she did on the immediate context of paragraph 34(1)(b). The interpretative question raised by these facts is whether the word "government" is limited to "democratically elected government" or some other formula designating a government whose legitimacy is not in issue, or whether it applies to any government, even if it is oppressive and racist. When one considers the words of paragraph 34(1)(b), "any government", they are clear and unambiguous. The words "subversion by force of any government" [emphasis added] do not on their face, imply a qualification of any kind with respect to the government in question.

[71] Although the IRPA has many objectives listed in subsection 3(1), Parliament indicated an intent to prioritize security (paragraph 3(1)(h)) when it enacted paragraph 34(1)(b). Indeed, this paragraph provides specifically that a person is inadmissible on security grounds. Thus, the focus of the provision under review is on the right of the government to control its frontier and to deny entry to persons who may be a threat to its security.

[72] Turning now to the legislative evolution of this specific ground of inadmissibility, the first such provision was included in the *An Act to amend The Immigration Act*, S.C. 1919, c. 25, (paragraph 3(6)(n)), referred to "[p]ersons who believed in or advocated the overthrow by force or violence of the Government of Canada or of constituted law and authority, or who disbelieved in or are opposed to organized government",

mentionnés précédemment en droit international, il ressort clairement de la preuve d'expert sur laquelle il s'appuie que l'une des questions clés concerne la légitimité du gouvernement contre lequel ce recours à la force est dirigé.

[69] La notion de droit d'un peuple opprimé de disposer de lui-même en ayant recours à la force sur laquelle il s'appuie a un lien direct avec l'« illégitimité » du gouvernement auquel on s'oppose en raison de la domination coloniale, de l'occupation étrangère et du racisme.

[70] C'est pourquoi la juge a accordé autant d'importance au contexte immédiat de l'alinéa 34(1)(b). La question d'interprétation que soulèvent ces faits est de savoir si le terme « gouvernement » se limite à un « gouvernement démocratiquement élu » ou à toute autre formule désignant un gouvernement dont la légitimité n'est pas remise en question, ou s'il s'applique à n'importe quel gouvernement, même oppressif et raciste. Lorsqu'on examine les termes de l'alinéa 34(1)(b) (« un gouvernement »), ceux-ci sont clairs et non ambigus. Les mots « renversement d'un gouvernement par la force » (non souligné dans l'original) ne sous-entendent pas, à première vue, de qualification quelconque quant au gouvernement en question.

[71] Bien que la LIPR énumère plusieurs objectifs au paragraphe 3(1), le législateur a indiqué l'intention de prioriser la sécurité (alinéa 3(1)(h)) lorsqu'il a édicté l'alinéa 34(1)(b). En effet, cette disposition prévoit expressément qu'une personne peut être interdite de territoire pour raison de sécurité. La disposition en cause met donc l'accent sur le droit du gouvernement d'exercer un contrôle sur sa frontière et de refuser l'entrée aux personnes pouvant constituer une menace pour sa sécurité.

[72] En ce qui concerne maintenant l'évolution législative de ce motif précis d'interdiction de territoire, la première disposition de ce genre a été incluse dans la *Loi modifiant la Loi de l'immigration*, S.C. 1919, ch. 25 (alinéa 3(6)(n)), et parlait des « [p]ersons who believed in or advocated the overthrow by force or violence of the Government of Canada or of constituted law and authority, or who disbelieved in or are opposed to organized

(in French: “*les personnes qui croient au renversement ou qui préconisent le renversement, par la force ou la violence, du gouvernement du Canada ou de la loi ou de l’autorité constituée, ou qui ne croient pas à un gouvernement organisé et s’y opposent*”).

[73] It was in 1952 that the word “subversion” was first used in *The Immigration Act*, S.C. 1952, c. 42. Paragraph 5(m) included “persons who have engaged in or advocated or ... are likely to engage in or advocate subversion by force or other means of democratic government” (the French text however, still referred to “*renversement, par la force ou autrement, du régime, des institutions ou des méthodes démocratique*”. A new paragraph, 5(n), was also included to prohibit the entry of “persons ... likely to engage in espionnage, sabotage or any other subversive activity directed against Canada or detrimental to the security of Canada” (in French: “*les personnes qui ... sont susceptibles de se livrer à l’espionnage, au sabotage ou à tout autre activité subversive dirigée contre le Canada ou préjudiciable à sa sécurité*”). These provisions were carried forward in the 1970 Revised Statutes of Canada.

[74] The 1976-77 amendments to the *Immigration Act*, 1976 (S.C. 1976-77, c. 52) moved the relevant prohibited class provisions to section 19, dealing with inadmissible classes. Paragraph 19(1)(f) still refers to “subversion by force of any government”, while the French text refers to “*renversement d’un gouvernement par la force*”. The words “espionnage, sabotage or any subversive activity” were changed and the class was moved to paragraph 19(1)(e), which applied to “acts of espionnage or subversion against democratic governments” (in French: “*des actes d’espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques*”). In 1992 ([*An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof*] S.C. 1992, c. 49) the provisions were all moved to paragraph 19(1)(e), with no changes to the words referred to above.

government » (en français : « les personnes qui croient au renversement ou qui préconisent le renversement, par la force ou la violence, du gouvernement du Canada ou de la loi ou de l’autorité constituée, ou qui ne croient pas à un gouvernement organisé et s’y opposent »).

[73] C’est en 1952 que le mot « *subversion* » (en français : « renversement ») a été employé pour la première fois dans la *Loi sur l’immigration*, S.C. 1952, ch. 42. L’alinéa 5m) visait les « *persons who have engaged in or advocated or [...] are likely to engage in or advocate subversion by force or other means of democratic government* » (le texte français, cependant, parlait toujours de « renversement, par la force ou autrement, du régime, des institutions ou des méthodes démocratiques »). Une nouvelle disposition, l’alinéa 5n), a également été incluse pour interdire l’entrée aux « *persons [...] likely to engage in espionnage, sabotage or any subversive activity directed against Canada or detrimental to the security of Canada* » (en français : « les personnes qui [...] sont susceptibles de se livrer à l’espionnage, au sabotage ou à toute autre activité subversive dirigée contre le Canada ou préjudiciable à sa sécurité »). Ces dispositions ont été reprises dans les Statuts révisés du Canada de 1970.

[74] Dans les modifications de 1976-77 apportées à la *Loi sur l’immigration de 1976* (S.C. 1976-77, ch. 52), les dispositions relatives aux catégories pertinentes de personnes interdites ont été remplacées à l’article 19, qui traitait des catégories de personnes non admissibles. L’alinéa 19(1)f) parle toujours de « *subversion by force of any government* », tandis que le texte français parle de « renversement d’un gouvernement par la force ». Les mots « *espionnage, sabotage or any subversive activity* » (en français : « à l’espionnage, au sabotage ou à toute autre activité subversive ») ont été modifiés et la catégorie a été remplacée à l’alinéa 19(1)e), qui s’appliquait aux « *acts of espionnage or subversion against democratic governments* » (en français : « actes d’espionnage ou de subversion contre des institutions démocratiques »). En 1992 [*Loi modifiant la Loi sur l’immigration et d’autres lois en conséquences*] (L.C. 1992, ch. 49) les dispositions ont toutes été remplacées à l’alinéa 19(1)e), sans aucune modification des mots susmentionnés.

[75] With the adoption of the new *Immigration Refugee Protection Act* (IRPA, S.C. 2001, c. 27), the inadmissibility classes based on security grounds were moved to section 34, which is the version of the provisions on which the Division relied (see paragraph 34 above).

[76] I note that in the various incarnations of the prohibited or inadmissible classes, there were many other changes, but they are not relevant to the present issue.

[77] It is also worth mentioning that as of 1927 (1927 Revised Statutes of Canada), the various iterations of the relevant provisions included the possibility of obtaining a ministerial exemption. The provision regarding the ministerial exemption only expressly refers to the need to ensure that such exemption is not contrary to public interest as of 1952 (S.C. 1952, c. 42, paragraph 9(c)). “[C]ontrary to public interest” became “detrimental to the national interest” in 1992 (S.C. 1992, c. 49, paragraph 19(1)(f) *in fine*).

[78] There is little material of interest in the legislative history of paragraph 34(1)(b). This source is to be given less weight in any event. That said, the Judge could refer to the material she describes at paragraph 67 of the reasons, as it simply confirms what one gathers from the legislative evolution—that Parliament intended the expression “subversion by force of any government” in paragraph 34(1)(b) to have a broad application.

[79] The comments made and the ultimate rejection of a motion to replace the words “of any government” with “democratically elected government” in paragraph 34(1)(b) before the Standing Committee on Citizenship and Immigration [*Evidence*, 37th Parl., 1st Sess., Meeting No. 25 (May 15, 2001)] and the comments made in the House of Commons during the debate at the third reading [*House of Commons Debates*, 37th Parl., 1st Sess., Vol. 137, No. 78 (June 13, 2001)], confirm that

[75] Avec l’adoption de la nouvelle *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR, L.C. 2001, ch. 27), les catégories emportant interdiction de territoire pour raison de sécurité ont été remplacées à l’article 34, qui constitue la version des dispositions sur laquelle la Section de l’immigration s’est appuyée (voir le paragraphe 34 ci-dessus).

[76] Je signale que, dans les nombreuses incarnations des catégories de personnes interdites ou non admissibles, il y a eu plusieurs autres modifications, mais celles-ci ne sont pas pertinentes quant à la présente question en litige.

[77] Il convient également de mentionner que, depuis 1927 (Statuts révisés de 1927), les différentes versions des dispositions pertinentes prévoient la possibilité d’obtenir une dispense ministérielle. Ce n’est que depuis 1952 (S.C. 1952, ch. 42, alinéa 9c)) que la disposition relative à la dispense ministérielle mentionne expressément la nécessité de s’assurer que cette dispense n’est pas contraire à l’intérêt public. Les mots « contraire à l’intérêt public » sont devenus « préjudiciable à l’intérêt national » en 1992 (L.C. 1992, ch. 49, alinéa 19(1)f) *in fine*).

[78] L’historique législatif de l’alinéa 34(1)b présente peu d’intérêt. Il faut accorder moins de poids à cette source dans tous les cas. Cela dit, la juge pouvait faire état du document qu’elle décrit au paragraphe 67 des motifs, car il ne fait que confirmer ce qui ressort de l’évolution législative — que le législateur voulait que l’expression « renversement d’un gouvernement par la force » figurant à l’alinéa 34(1)b fasse l’objet d’une application large.

[79] Les commentaires faits et le rejet ultime d’une motion visant à ajouter les mots « démocratiquement élu » aux mots « un gouvernement » à l’alinéa 34(1)b devant le Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration [*Témoignages*, 37<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., réunion n<sup>o</sup> 25 (15 mai 2001)] et les commentaires faits au cours des débats de la Chambre des communes, à l’étape de la troisième lecture [*Débats de la Chambre des Communes*, 37<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., vol. 137, n<sup>o</sup> 78 (13 juin 2001)],

Parliament was very much alive to arguments like those advanced by Mr. Najafi when it adopted the provision.

[80] Obviously, when I state that Parliament intended for the provision to be applied broadly, I am referring to the inadmissibility stage, for, as noted by the Supreme Court of Canada in *Suresh*, albeit in a different context, the legislator always intended that the Minister have the ability to exempt any foreign national caught by this broad language, after considering the objectives set out in subsection 34(2). This is done by way of an application. (As discussed above, subsection 34(2) is now subsection 42.1(1). Per subsection 42.1(2), it can now also be granted on the Minister's own initiative.)

[81] This mechanism can be used to protect innocent members of an organization but also members of organizations whose admission to Canada would not be detrimental or contrary to national interest because of the organization's activities in Canada and the legitimacy of the use of force to subvert a government abroad.

[82] It is obvious that in the latter case in particular, the resolution of international law issues may be complex. This supports the argument that the Minister is better equipped to deal with such issues in the context of an application for ministerial exemption. An example of such reasoning is provided by the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, section 9, which allows the Minister of Foreign Affairs to issue a certificate stating that a state of war or of international or non-international armed conflict existed between states or within a state.

[83] At this stage of my analysis, I find that the language of paragraph 34(1)(b) is clear.

[84] As in *Németh*, I will now consider the international law principle put forth by Mr. Najafi in support of his view that paragraph 34(1)(b) should be construed as follows:

confirment que le législateur était parfaitement au fait d'arguments s'accordant avec le point de vue de M. Najafi lorsqu'il a adopté cette disposition.

[80] Évidemment, lorsque je dis que le législateur voulait que cette disposition soit appliquée de façon large, je parle de l'étape de l'interdiction de territoire, car, comme l'a fait remarquer la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Suresh*, quoique dans un contexte différent, le législateur a toujours voulu que le ministre ait la possibilité de dispenser n'importe quel étranger visé par ce libellé général, après avoir tenu compte des objectifs énoncés au paragraphe 34(2), ce qui se fait par le dépôt d'une demande. (Comme nous l'avons vu, le paragraphe 34(2) est devenu le paragraphe 42.1(1). En vertu du paragraphe 42.1(2), cette dispense peut maintenant être accordée à l'initiative du ministre.)

[81] Ce mécanisme peut être utilisé pour protéger les membres innocents d'une organisation, mais aussi les membres d'organisations dont l'admission au Canada ne serait pas préjudiciable ou contraire à l'intérêt national en raison des activités de l'organisation au Canada et de la légitimité du recours à la force pour renverser un gouvernement à l'étranger.

[82] Il est évident que, dans le dernier cas en particulier, la résolution de questions de droit international peut être complexe, ce qui étaye l'argument voulant que le ministre soit mieux placé pour s'occuper de ces questions dans le contexte d'une demande de dispense ministérielle. On trouve un exemple d'un tel raisonnement à l'article 9 de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3, qui autorise le ministre des Affaires étrangères à délivrer un certificat attestant l'existence d'un conflit armé, international ou non, entre des États ou dans un de ceux-ci.

[83] À ce stade de mon analyse, je conclus que le libellé de l'alinéa 34(1)(b) est clair.

[84] Comme dans l'arrêt *Németh*, je vais maintenant examiner le principe de droit international que M. Najafi invoque à l'appui de son opinion selon laquelle l'alinéa 34(1)(b) devrait être interprété de la façon suivante :



Subversion by force means using force to overthrow a government but does not include force used by lawful combatants protected by Protocol I.

[85] In *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431 (*Febles*), at paragraph 12, the Supreme Court of Canada reiterated that international conventions must be construed in accordance with Articles 31 and 32 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties* [May 23, 1969], [1980] Can. T.S. No. 37, which are similar to our own general principles of statutory interpretation.

[86] The evidence of Mr. Najafi's experts in this respect appears to be somewhat incomplete. For example, they do not explain how they construed the following paragraphs of the Preamble to Protocol I and what effect they gave to its Article 4.

#### PREAMBLE

...

*Expressing* their conviction that nothing in this Protocol or in the Geneva Conventions of 12 August 1949 can be construed as legitimizing or authorizing any act of aggression or any other use of force inconsistent with the Charter of the United Nations,

*Reaffirming* further that the provisions of the Geneva Conventions of 12 August 1949 and of this Protocol must be fully applied in all circumstances to all persons who are protected by those instruments, without any adverse distinction based on the nature or origin of the armed conflict or on the causes espoused by or attributed to the Parties to the conflict,

...

*Article 4* ...The application of the Conventions and of this Protocol, as well as the conclusion of the agreements provided for therein, shall not affect the legal status of the Parties to the conflict. Neither the occupation of a territory nor the application of the Conventions and this Protocol shall affect the legal status of the territory in question.

[87] I also note that the view of these experts is at odds with the view expressed by Heather Wilson in her book entitled: *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements* [Oxford: Clarendon Press, 1988] (book of authorities, Vol. 4, Tab 52). In her

[TRANSLATION] Le renversement par la force s'entend du recours à la force pour renverser un gouvernement, mais ne comprend pas le recours à la force par des combattants légitimes protégés par le Protocole I.

[85] Dans l'arrêt *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431 (*Febles*), au paragraphe 12, la Cour suprême du Canada a rappelé que les conventions internationales doivent être interprétées conformément aux articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* [23 mai 1969], [1980] R.T. Can. n° 37, qui ressemblent à nos propres principes généraux d'interprétation des lois.

[86] La preuve des experts de M. Najafi à cet égard semble quelque peu incomplète. Par exemple, ils n'expliquent pas comment ils ont interprété les paragraphes suivants du préambule du Protocole I et quel effet ils ont accordé à son article 4.

#### PRÉAMBULE

[...]

*Exprimant* leur conviction qu'aucune disposition du présent Protocole ou des Conventions de Genève du 12 août 1949 ne peut être interprétée comme légitimant ou autorisant tout acte d'agression ou tout autre emploi de la force incompatible avec la Charte des Nations Unies,

*Réaffirmant*, en outre, que les dispositions des Conventions de Genève du 12 août 1949 et du présent Protocole doivent être pleinement appliquées en toutes circonstances à toutes les personnes protégées par ces instruments, sans aucune distinction défavorable fondée sur la nature ou l'origine du conflit armé ou sur les causes soutenues par les Parties au conflit, ou attribuées à celles-ci,

[...]

*Article 4* [...] L'application des Conventions et du présent Protocole ainsi que la conclusion des accords prévus par ces instruments n'auront pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit. Ni l'occupation d'un territoire ni l'application des Conventions et du présent Protocole n'affecteront le statut juridique du territoire en question.

[87] Je souligne également que l'opinion de ces experts va à l'encontre de celle exprimée par Heather Wilson dans son livre intitulé *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements* [Oxford : Clarendon Press, 1988] (recueil de jurisprudence et de



conclusions at page 135, she states that to contend unequivocally that Protocol I reflects a change in international law giving international liberation movements the authority to use force legitimately would be an overstatement.

[88] That said, as the Division did not comment on this evidence, I am prepared to assume, without deciding, that the legal effect of Protocol I is as stated in the affidavits of Mr. Najafi's experts. This will ensure that I complete my review of the overall legal context to Mr. Najafi's greatest advantage.

[89] Even if I adopt this approach, I cannot conclude from the overall legal context that paragraph 34(1)(b) should be construed as encompassing only the use of force that is not legitimate or lawful pursuant to international law.

[90] Like the Division, I find that legality or legitimacy may well be an issue that the Minister can consider under subsection 34(2) of the IRPA, but it is not one that is relevant to the application of paragraph 34(1)(b). Thus, the Division's interpretation is clearly reasonable. I would answer the certified question, as formulated by the Judge or reformulated at paragraph 46, in the negative.

[91] In reaching this conclusion, I considered Mr. Najafi's argument that the Division's interpretation might capture a member of the Canadian Armed Forces within the ambit of paragraph 34(1)(b) of the IRPA. This hypothetical was meant to illustrate the "absurdity" of the Division's interpretation. In my experience, one can usually concoct a dubious example designed to show that a particular provision is overbroad and cannot have been intended. However, courts must consider that the Act will be administered in a reasonable way. It strains credulity to suppose that an inadmissibility report would be issued in respect of a member of the Canadian Armed Forces based on his or her actions as a Canadian soldier.

doctrine, vol. 4, onglet 52). Dans ses conclusions, à la page 135, elle affirme qu'il est exagéré d'affirmer sans équivoque que le Protocole I indique un changement en droit international donnant aux mouvements de libération internationaux le pouvoir d'avoir recours à la force d'une manière légitime.

[88] Cela dit, comme la Section de l'immigration n'a pas fait de commentaires sur cet élément de preuve, je suis disposée à présumer, mais sans le décider, que l'effet juridique du Protocole I est celui énoncé dans les affidavits des experts de M. Najafi, ce qui me permettra de terminer mon examen du contexte juridique global de la façon la plus avantageuse pour M. Najafi.

[89] Même si j'adopte cette méthode, le contexte juridique global ne me permet pas de conclure que l'alinéa 34(1)(b) doit être interprété comme s'il visait seulement le recours à la force qui n'est pas légitime ou légal selon le droit international.

[90] Comme la Section de l'immigration, j'estime que la légalité ou la légitimité peut fort bien constituer une question que le ministre peut examiner en vertu du paragraphe 34(2) de la LIPR, mais il ne s'agit pas d'un facteur qui est pertinent quant à l'application de l'alinéa 34(1)(b). L'interprétation de la Section de l'immigration est donc manifestement raisonnable. Je suis d'avis de répondre à la question certifiée, telle qu'elle a été formulée par la juge ou reformulée au paragraphe 46, par la négative.

[91] Pour arriver à cette conclusion, j'ai examiné l'argument de M. Najafi selon lequel l'interprétation de la Section de l'immigration pourrait faire entrer un membre des Forces armées canadiennes dans le champ d'application de l'alinéa 34(1)(b) de la LIPR. Cette hypothèse visait à illustrer l'« absurdité » de l'interprétation de la Section de l'immigration. Selon mon expérience, on peut généralement concocter un exemple douteux destiné à démontrer qu'une disposition donnée va trop loin et ne peut avoir été voulue, mais les tribunaux doivent considérer que la loi sera appliquée de façon raisonnable. Il faudrait être bien crédule pour supposer qu'un rapport d'interdiction de territoire serait établi à l'égard d'un membre des Forces armées canadiennes pour les actes qu'il a posés en tant que soldat.

E. *Paragraph 34(1)(f) and paragraph 2(d) of the Charter*

(1) Notice of constitutional question

[92] Prior to the hearing, the parties debated as to whether or not Mr. Najafi was required to serve a notice of constitutional question pursuant to section 57 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, in order to raise his argument based on paragraph 2(d) of the Charter.

[93] Despite the fact that he believes that it was not necessary to send such a notice, Mr. Najafi did so in an abundance of caution. However, both parties asked the Court to clarify the issue.

[94] In a letter to the Court dated March 31, 2014, Mr. Najafi's counsel made it absolutely clear that his position had been consistent from the outset, and that what Mr. Najafi claims is that "the provision must be interpreted so as to not infringe the Appellant's right to associate protected by subsection 2(d) of the Charter. This requires the Court to exclude from the scope of subsection 34(1) memberships in organizations that are legal in Canada and that do not support illegal activities committed outside of Canada". Mr. Najafi's counsel stated that he was relying on the presumption of compliance with constitutional law, which he says is sufficient to enable the Division and this Court to read down paragraph 34(1)(f) so as to exclude organizations such as the KDPI.

[95] Again, at the hearing and at the request of the panel, Mr. Najafi made it abundantly clear that he had chosen not to argue that paragraph 34(1)(f) is invalid, inapplicable or inoperable on constitutional grounds and that therefore, section 57 of the *Federal Courts Act*, should not apply.

[96] I agree. In such a case, no notice of constitutional question is required.

E. *L'alinéa 34(1)f) et l'alinéa 2d) de la Charte*

1) L'avis de question constitutionnelle

[92] Avant l'audience, les parties ont débattu la question de savoir si M. Najafi devait signifier un avis de question constitutionnelle conformément à l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, pour pouvoir faire valoir son argument fondé sur l'alinéa 2d) de la Charte.

[93] Bien qu'il ne croie pas qu'il était nécessaire d'envoyer un tel avis, M. Najafi l'a fait par excès de prudence. Les deux parties ont toutefois demandé à la Cour d'élucider la question.

[94] Dans une lettre à la Cour datée du 31 mars 2014, l'avocat de M. Najafi a clairement indiqué que sa position avait été la même depuis le début, et que ce que M. Najafi affirme, c'est que [TRADUCTION] « la disposition doit être interprétée de manière à ne pas porter atteinte au droit d'association de l'appelant protégé par l'alinéa 2d) de la Charte, ce qui oblige la Cour à exclure du champ d'application du paragraphe 34(1) les membres des organisations qui sont légales au Canada et qui n'apportent pas leur soutien à des activités illégales commises à l'extérieur du Canada ». L'avocat de M. Najafi a indiqué qu'il s'appuyait sur la présomption de respect du droit constitutionnel qui, selon lui, est suffisante pour permettre à la Section de l'immigration et à notre Cour de donner à l'alinéa 34(1)f) une interprétation atténuée de manière à exclure les organisations comme le PDKI.

[95] Encore une fois, à l'audience et à la demande du tribunal, M. Najafi a indiqué très clairement qu'il avait choisi de ne pas faire valoir que l'alinéa 34(1)f) est invalide, inapplicable ou inopérant pour des motifs d'ordre constitutionnel et que, par conséquent, l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales* ne devrait pas s'appliquer.

[96] Je suis d'accord. Dans ce cas, aucun avis de question constitutionnelle n'est nécessaire.

[97] That said, it is important to note that although reading down can be used as an interpretive technique or as a constitutional remedy, the distinction between the two is important in the context of Charter cases. When one relies on the presumption of compliance with the Charter to narrow the interpretation of a provision, the issue of whether that language, without the exclusion, might be justifiable under section 1 does not arise. However, when reading down is used as a remedy in the context of a constitutional challenge to the validity of a provision, its validity is first assessed and the need to read down words does not arise unless and until any possible defence based on section 1 has been tried and failed (*Construction of Statutes*, 2008, at pages 465 and 466).

(2) Reading down paragraph 34(1)(f)

[98] The Judge never had to determine the standard of review applicable to the proper interpretation of the word “organization” in paragraph 34(1)(f) as she never got to that question, having concluded that the matter did not involve a violation of any Charter right.

[99] With the benefit of Mr. Najafi’s clarifications as to his arguments, (see paragraphs 94 and 95 above), there is no need to deal with the Judge’s finding that the matter did not involve Charter violation, if in any event, paragraph 34(1)(f) of the IRPA cannot be read down so as to exclude organizations such as the KDPI, simply as a matter of interpretation, rather than as a remedy.

[100] I will thus first determine whether, using the Driedger modern approach to statutory interpretation (and paragraph 3(3)(d) of the IRPA), the Division could reasonably construe the word “organization” used in paragraph 34(1)(f) as excluding the KDPI in the absence of a constitutional challenge to the validity of this provision.

[101] The Division construed paragraph 34(1)(f) in accordance with a long line of jurisprudence, including

[97] Cela dit, il importe de souligner que, bien que l’interprétation atténuée puisse être utilisée comme technique d’interprétation ou comme réparation constitutionnelle, la distinction entre les deux est importante dans le cadre des affaires relatives à la Charte. Lorsqu’on s’appuie sur la présomption de respect de la Charte pour atténuer l’interprétation d’une disposition, la question de savoir si le libellé, sans l’exclusion, est justifiable en vertu de l’article premier ne se pose pas. Par contre, lorsque l’interprétation atténuée est utilisée comme réparation dans le cadre d’une contestation constitutionnelle de la validité d’une disposition, la validité est examinée en premier et la nécessité de donner aux mots une interprétation atténuée ne se pose pas tant que tous les moyens de défense possibles en vertu de l’article premier n’ont pas été tentés en vain (*Construction of Statutes*, 2008, aux pages 465 et 466).

2) L’interprétation atténuée de l’alinéa 34(1)(f)

[98] La juge n’a jamais eu à se prononcer sur la norme de contrôle applicable à l’interprétation qu’il convient de donner au terme « organisation » figurant à l’alinéa 34(1)(f) puisqu’elle ne s’est jamais rendue à cette question, ayant conclu que l’affaire ne concernait pas la violation d’un droit garanti par la Charte.

[99] À la lumière des précisions que M. Najafi a apportées à ses arguments (voir les paragraphes 94 et 95 ci-dessus), il n’y a pas lieu de se pencher sur la conclusion de la juge portant que l’affaire ne comportait pas une violation de la Charte si, de toute façon, l’alinéa 34(1)(f) de la LIPR ne peut recevoir une interprétation atténuée de manière à exclure les organisations comme le PDKI, simplement sur le plan de l’interprétation, plutôt que de la réparation.

[100] Je vais donc d’abord décider si, selon la méthode moderne d’interprétation des lois préconisée par le professeur Driedger (et l’alinéa 3(3)(d) de la LIPR), la Section de l’immigration pouvait raisonnablement interpréter le terme « organisation » employé à l’alinéa 34(1)(f) comme excluant le PDKI en dehors d’une contestation constitutionnelle de la validité de cette disposition.

[101] La Section de l’immigration a interprété l’alinéa 34(1)(f) conformément à une jurisprudence de longue

this Court's decision in *Gebreab v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FCA 274, 93 Imm. L.R. (3d) 28, that no temporal connection is required between the membership and the acts referred to in paragraphs 34(1)(a), (b) and (c) of the IRPA. It also construed it as applicable to activities carried out by the organization outside of Canada even if its activities in Canada were legal.

[102] Mr. Najafi does not challenge that this is a reasonable interpretation when applied to an organization to which paragraph 2(d) of the Charter would not apply. However, he argues that this is not so if membership in an organization protected by the Charter is involved. He also adds that subversion by force by any organization would have to be excluded, even when it is not so excluded, where the person has himself or herself engaged in such acts under paragraph 34(1)(b).

[103] At the hearing, Mr. Najafi's counsel proposed that the word "organization" should simply be construed as follows:

An organization other than an organization operating in Canada whose activities are lawful in Canada.

[104] In my view, this is too wide. It would offend the holding of the Supreme Court of Canada in *Suresh*.

[105] In *Suresh*, it was argued that the organization at issue never engaged in any unlawful activities in Canada. Still, the Supreme Court of Canada found that paragraph 2(d) does not protect the right to associate with an organization which engages in violence or terrorism abroad while the person is a member.

[106] Turning now to the interpretation of paragraph 34(1)(f), I find it relevant that in *Suresh*, the Supreme Court of Canada noted that the inadmissibility provision (in that case, section 19 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, dealing with membership in an organization engaged in terrorism) must be read with the section providing for a ministerial exemption (the predecessor of subsection 34(2) of the IRPA), as

date, y compris l'arrêt de notre Cour dans *Gebreab c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CAF 274, selon laquelle l'existence d'un lien temporel n'est pas nécessaire entre l'appartenance et les actes mentionnés aux alinéas 34(1)a), b) et c) de la LIPR. Elle l'a également interprété comme s'appliquant aux activités exercées par l'organisation à l'étranger même si les activités exercées au Canada étaient légales.

[102] M. Najafi ne conteste pas le fait qu'il s'agit d'une interprétation raisonnable lorsqu'elle s'applique à une organisation à laquelle l'alinéa 2d) de la Charte ne peut s'appliquer. Il fait cependant valoir que ce n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'une appartenance à une organisation protégée par la Charte. Il ajoute également que le renversement par la force par une organisation devrait être exclu, même lorsque ce n'est pas le cas, si la personne elle-même a commis les actes mentionnés à l'alinéa 34(1)b).

[103] À l'audience, l'avocat de M. Najafi a proposé que le terme « organisation » soit simplement interprété de la façon suivante :

[TRADUCTION] Une organisation autre qu'une organisation œuvrant au Canada dont les activités sont légales au Canada.

[104] À mon avis, cette interprétation est trop large. Elle irait à l'encontre de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Suresh*.

[105] Dans l'arrêt *Suresh*, on a fait valoir que l'organisation en cause n'avait jamais exercé d'activités illégales au Canada. La Cour suprême du Canada n'en a pas moins conclu que l'alinéa 2d) ne protège pas le droit de s'associer à une organisation qui se livre à la violence ou au terrorisme à l'étranger pendant que la personne en est membre.

[106] En ce qui concerne maintenant l'interprétation de l'alinéa 34(1)f), j'estime pertinent que, dans l'arrêt *Suresh*, la Cour suprême du Canada ait souligné que la disposition relative à l'interdiction de territoire (dans cette affaire, l'article 19 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, traitant de l'appartenance à une organisation se livrant à des actes de terrorisme) doit être lue de concert avec la disposition prévoyant une dispense

it evidences the legislator's intention to allow for a balancing of Charter values with other Canadian fundamental values, such as national interest, national security and the protection of the safety of the Canadian society (*Suresh*, at paragraphs 109 and 110). This is especially so since *Agraira* and *Doré* made it abundantly clear that the Minister's decision in respect of an exemption under subsection 34(2) must involve such a balancing of Charter rights and values with the important objectives set out in that subsection.

[107] Having considered the words of paragraph 34(1)(f) read in their entire context, which includes subsection 34(2), in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act, the object of the provision, and the Act, as well as considering the intention of Parliament to comply with the Charter, I conclude that the Division could not reasonably construe the word "organization" as excluding an organization operating in Canada, whose activities are lawful in Canada and which did not engage abroad in any illicit activities of the kind set out in paragraphs 34(1)(b) while the person was a member. To do so would involve rewriting the provision to such an extent that it cannot be done in the absence of a constitutional challenge. In *Febles*, at paragraph 67, the Supreme Court of Canada made it clear that "[w]here Parliament's intent for a statutory provision is clear and there is no ambiguity, the *Charter* cannot be used as an interpretative tool to give the legislation a meaning which Parliament did not intend".

[108] Given that paragraph 34(1)(f) of the IRPA has a wider meaning than what Mr. Najafi contends, if Mr. Najafi considered this meaning to violate paragraph 2(d) of the Charter, he should have called for a declaration that this paragraph violates paragraph 2(d) and, thus, is invalid. Had he done so and had he succeeded in establishing a paragraph 2(d) violation, flexible remedies might have been available. But this is not the case before us.

ministérielle (la disposition antérieure au paragraphe 34(2) de la LIPR), car cela fait ressortir l'intention du législateur de permettre la mise en balance des valeurs consacrées par la Charte et des autres valeurs fondamentales canadiennes, comme l'intérêt national, la sécurité nationale et le maintien de la sécurité au sein de la société canadienne (arrêt *Suresh*, aux paragraphes 109 et 110). Cela est d'autant plus vrai depuis que les arrêts *Agraira* et *Doré* ont indiqué très clairement que la décision du ministre relative à une dispense en vertu du paragraphe 34(2) doit comporter une telle mise en balance des droits et valeurs garantis par la Charte et des objectifs importants énoncés dans cette disposition.

[107] Après avoir examiné les termes de l'alinéa 34(1)f) et les avoir lus dans leur contexte global, qui comprend le paragraphe 34(2), en suivant leur sens ordinaire et grammatical, qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la disposition, et la loi, et compte tenu de l'intention du législateur de respecter la Charte, je conclus que la Section de l'immigration ne pouvait raisonnablement interpréter le terme « organisation » comme excluant une organisation œuvrant au Canada, dont les activités sont légales au Canada et qui ne s'est pas livrée, à l'étranger, à des activités illicites comparables à celles énoncées à l'alinéa 34(1)b) pendant que la personne en était membre. Agir ainsi équivaldrait à réécrire la disposition à un point tel que cela ne peut se faire en dehors d'une contestation constitutionnelle. Au paragraphe 67 de l'arrêt *Febles*, la Cour suprême du Canada a clairement indiqué que « [l]orsque l'intention exprimée par le législateur dans une disposition législative est claire et sans ambiguïté, la *Charte* ne peut servir d'outil d'interprétation pour donner au texte législatif un sens non voulu par le législateur ».

[108] Étant donné que l'alinéa 34(1)f) de la LIPR a un sens plus large que celui qu'il lui donne, si M. Najafi estimait que ce sens violait l'alinéa 2d) de la Charte, il aurait dû solliciter un jugement déclaratoire portant que cette disposition viole l'alinéa 2d) et est donc invalide. S'il avait procédé ainsi et réussi à établir une violation de l'alinéa 2d), il aurait pu avoir droit à des redressements souples. Mais ce n'est pas le cas en l'espèce.

VII. Conclusion

[109] In view of the foregoing, I propose to dismiss this appeal and to answer the certified question, as formulated by the Judge or as reformulated in paragraph 46 above, in the negative.

PELLETIER J.A.: I agree.

NEAR J.A.: I agree.

VII. Conclusion

[109] Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis de rejeter le présent appel et de répondre à la question certifiée, telle qu'elle a été formulée par la juge ou reformulée au paragraphe 46 ci-dessus, par la négative.

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

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



IMM-3860-14  
2014 FC 1234

IMM-3860-14  
2014 CF 1234

**Jorge Antonio Escobar Rosa** (*Applicant*)

**Jorge Antonio Escobar Rosa** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

**INDEXED AS: ESCOBAR ROSA v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : ESCOBAR ROSA c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court, Crampton C.J.—Vancouver, November 24; Ottawa, December 23, 2014.

Cour fédérale, juge en chef Crampton—Vancouver, 24 novembre; Ottawa, 23 décembre 2014.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision dismissing applicant's refugee claim on two principal, independent grounds — RPD finding that applicant having voluntarily returned to country of origin, El Salvador, several times since moving to Canada; finding no credible basis for claim for protection, including regarding alleged attempt on applicant's life during last trip to El Salvador — Applicant, politician in home town but eventually leaving politics when discovering life threatened — On last trip to El Salvador, allegedly encountering life-threatening incident — After motion for stay of removal order denied, applicant removed from Canada, returned to El Salvador — Whether RPD erring in finding that applicant ineligible for refugee protection given numerous returns to El Salvador; whether RPD erring in finding no credible basis for applicant's claims; whether RPD erring in questioning authenticity of police report regarding alleged attempt on applicant's life without giving notice thereto of concerns thereon — Regarding RPD's finding applicant ineligible for refugee protection given numerous returns to El Salvador, RPD addressing each reason applicant providing; concluding that all applicant's actions voluntary — Given nature of reasons applicant offering for returning seven times to country of origin, RPD's conclusion reasonable — On basis of facts herein, reasonably open to RPD to conclude applicant not establishing alleged attack on life in fact occurring — Based on RPD's decision, record submitted, reasonably open to RPD to conclude no credible basis for applicant's stated fears — Decision amply justified, transparent, intelligible, supported by evidence — As to police report, given RPD's reasonable credibility concerns regarding applicant's testimony, reasonably open thereto to decline to give police report any weight — Regarding issue of notice, apparent from record that applicant having ample notice of RPD's concerns about*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant la demande d'asile du demandeur pour deux motifs principaux indépendants — La SPR a d'abord conclu que le demandeur était retourné de son plein gré dans son pays d'origine, le Salvador, plusieurs fois depuis qu'il avait déménagé au Canada et a ensuite conclu à l'absence de minimum de fondement de la demande de protection du demandeur, notamment en ce qui concerne la tentative de meurtre dont il aurait été victime à la fin de son dernier voyage au Salvador — Le demandeur était un politicien dans sa ville natale, mais a éventuellement quitté la politique lorsqu'il a été mis au courant de plans visant son assassinat — Durant sa dernière visite au Salvador, il aurait été victime d'un incident ayant mis sa vie en danger — Après avoir présenté sans succès une requête pour surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi, le demandeur a été renvoyé au Salvador — Il s'agissait de déterminer si la SPR a commis une erreur en concluant que la demande de protection du demandeur était irrecevable en raison de ses nombreux retours au Salvador; si la SPR a commis une erreur en concluant à l'absence de minimum de fondement de sa demande; et si la SPR a commis une erreur en remettant en question l'authenticité d'un rapport de police sur la tentative de meurtre alléguée dont le demandeur avait été victime, sans l'aviser des doutes qu'elle avait à cet égard — En ce qui a trait à la conclusion de la SPR selon laquelle la demande de protection du demandeur était irrecevable en raison de ses nombreux retours au Salvador, la SPR a examiné chacun des motifs pour lesquels le demandeur était retourné au Salvador et a conclu qu'il avait chaque fois agi de son plein gré — Étant donné la nature des raisons données par le demandeur pour expliquer ses sept retours dans son pays d'origine, la conclusion de la SPR était raisonnable — À la lumière des faits*

*police report; given every opportunity to address concerns — Thus, RPD not erring by failing to give applicant notice thereon — Application dismissed.*

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision dismissing applicant's refugee claim on two principal, independent grounds — Respondent arguing that, since applicant removed from Canada, RPD no longer having jurisdiction to reconsider application; that application no longer giving rise to "live controversy"; thus application moot — Whether RPD having jurisdiction to reconsider applicant's application for protection; whether application moot — On mootness, in judicial review of negative decision by RPD under Immigration and Refugee Protection Act, s. 96, not specifically required that refugee claimant be in Canada during redetermination — In absence of clear wording in Act to contrary, respondent's position that RPD not having jurisdiction to reconsider application under Act, s. 96 once applicant properly removed from Canada, even if RPD committing reviewable error in denying application, rejected — RPD having jurisdiction to reconsider application initially made pursuant to Act, s. 96, in accordance with s. 99(3) in such circumstances, provided applicant outside each country of nationality — Thus, live controversy still existing in respect of application in present case; therefore, judicial review of RPD's decision not moot.*

This was an application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (RPD) dismissing the applicant's refugee

*particuliers de l'espèce, il était raisonnablement loisible à la SPR de conclure que le demandeur n'avait pas établi que la tentative de meurtre alléguée s'était produite — Selon la décision rendue par la SPR et le dossier présenté, il était raisonnablement loisible à la SPR de conclure à l'absence de minimum de fondement des craintes alléguées du demandeur — Cette décision était amplement justifiée, transparente, intelligible et étayée par les éléments de preuve — Quant au rapport de police, étant donné tous les doutes raisonnables que la SPR a soulevés quant à la crédibilité du témoignage du demandeur, il lui était raisonnablement loisible de refuser d'accorder un poids quelconque au rapport — Pour ce qui est de l'avis, il ressortait nettement du dossier que le demandeur a été amplement informé des doutes que la SPR avait à propos du rapport de police, et qu'il a eu tout le loisir de dissiper ces doutes — Par conséquent, la SPR n'a pas commis d'erreur en omettant d'aviser le demandeur de ses doutes — Demande rejetée.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant la demande d'asile du demandeur pour deux motifs principaux indépendants — Le défendeur a affirmé qu'étant donné que le demandeur avait été renvoyé du Canada, la SPR n'avait plus compétence pour réexaminer sa demande; que la demande ne soulevait plus de « litige actuel » et qu'elle était donc théorique — Il s'agissait de déterminer si la SPR avait compétence pour réexaminer la demande de protection du demandeur et si cette demande était théorique — En ce qui concerne la question du caractère théorique, lors du contrôle judiciaire d'une décision défavorable rendue par la SPR au titre de l'art. 96 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, la Loi n'exige pas expressément que le demandeur se trouve encore au Canada au moment du réexamen — En l'absence d'énoncé clair dans la Loi à l'effet du contraire, la thèse du défendeur selon laquelle la SPR n'a pas compétence pour réexaminer une demande au titre de l'art. 96 quand le demandeur a déjà été renvoyé du Canada en bonne et due forme, même si la Cour a déterminé que la SPR a commis une erreur susceptible de contrôle en rejetant la demande, a été rejetée — La SPR a bel et bien compétence pour réexaminer une décision présentée initialement au titre de l'art. 96 et conformément à l'art. 99(3) dans de telles circonstances, pourvu que le demandeur se trouve à l'extérieur de tout pays dont il a la nationalité — Il continuait donc d'y avoir un « litige actuel » entourant la demande dans ces circonstances et, par conséquent, la demande de contrôle judiciaire de la décision initiale rendue par la SPR n'était pas théorique.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié

claim on two principal and independent grounds. First, the RPD found that the applicant had voluntarily returned to his country of origin, El Salvador, on several occasions since he moved to Canada with his spouse in 2006. Second, it found that there was no credible basis for his claim for protection, including regarding an attempt on his life that he alleged occurred at the end of his last trip to El Salvador. The applicant claimed that the RPD erred, in particular, by concluding that he was ineligible for refugee protection by reason of his numerous returns to El Salvador; by concluding that there was no credible basis for his claim for protection; by questioning the authenticity of a police report regarding the alleged attempt on his life without giving notice to him of its concerns on that point; and by finding implausible his allegation that another politician in El Salvador wanted to kill him. The respondent argued that, since the applicant had been removed from Canada, the RPD no longer had jurisdiction to reconsider his application and that his application no longer gave rise to a “live controversy” and was therefore moot.

The applicant was elected leader of a political party (Farabundo Marti National Liberation Front (FMLN)) in his home town and later was elected leader of that party for his province. He was then elected to the National Legislative Assembly of El Salvador two consecutive times. He became involved in a public dispute within the party and eventually quit to help form a rival political party. The applicant apparently decided to leave politics afterwards when learning that plans were being made to have him murdered. He arranged to have his wife come to Canada with their children on consular visas and he followed them shortly thereafter. The applicant returned to El Salvador seven times between 2006 and 2013 for a number of alleged reasons. On his last trip to his native country, he alleged that a life-threatening incident took place and that he filed a complaint with the police. After the applicant’s motion for a stay of removal was denied, he was removed to El Salvador in July 2014. The applicant then left El Salvador for Nicaragua.

The issues were whether the RPD had jurisdiction to reconsider the applicant’s application for protection; whether the application was moot; whether the RPD erred in finding that the applicant was ineligible for refugee protection by reason of his numerous returns to El Salvador; whether the RPD erred in finding that there was no credible basis for the applicant’s claims; and whether the RPD erred in questioning the authenticity of a police report regarding the alleged attempt on the applicant’s life without giving notice thereto of its concerns on that point.

rejetant la demande d’asile du demandeur pour deux motifs principaux indépendants. La SPR a d’abord conclu que le demandeur était retourné de son plein gré dans son pays d’origine, le Salvador, plusieurs fois depuis qu’il avait déménagé au Canada avec son épouse en 2006. Elle a ensuite conclu à l’absence de minimum de fondement de la demande de protection du demandeur, notamment en ce qui concerne la tentative de meurtre dont il aurait été victime à la fin de son dernier voyage au Salvador. Le demandeur a soutenu que la SPR a commis une erreur, en particulier en concluant que sa demande de protection était irrecevable en raison de ses nombreux retours au Salvador; en concluant à l’absence de minimum de fondement de sa demande d’asile; en remettant en question l’authenticité d’un rapport de police sur la tentative de meurtre alléguée dont il avait été victime, sans l’aviser des doutes qu’elle avait à cet égard; et en jugeant invraisemblable l’allégation selon laquelle un autre politicien au Salvador voulait le tuer. Le défendeur a affirmé qu’étant donné que le demandeur avait été renvoyé du Canada, la SPR n’avait plus compétence pour réexaminer sa demande, que la demande ne soulevait plus de « litige actuel » et qu’elle était donc théorique.

Le demandeur a été élu dirigeant d’un parti politique (Front Farabundo Martí de libération nationale (FMLN)) dans sa ville natale et a plus tard été élu dirigeant de ce parti pour sa province. Il a par la suite été élu à l’Assemblée législative nationale du Salvador à deux reprises consécutives. Il s’est lancé dans un différend public concernant le parti et a ensuite quitté ce dernier pour aider à former un parti politique rival. Le demandeur a apparemment décidé de quitter la politique après avoir été mis au courant de plans concernant son assassinat. Il s’est organisé pour que sa femme et leurs enfants partent au Canada au moyen de visas consulaires, puis il est venu les rejoindre peu après. De 2006 à 2013, le demandeur est retourné au Salvador sept fois, pour diverses raisons alléguées. Durant sa dernière visite dans son pays natal, il a affirmé avoir été victime d’un incident ayant mis sa vie en danger et avoir déposé une plainte auprès de la police. Après avoir présenté sans succès une requête pour surseoir à l’exécution de la mesure de renvoi, le demandeur a été renvoyé au Salvador en juillet 2014. Le demandeur a quitté le Salvador pour se rendre au Nicaragua.

Il s’agissait de déterminer si la SPR avait compétence pour réexaminer la demande de protection du demandeur; si cette demande était théorique; si la SPR a commis une erreur en concluant que la demande de protection du demandeur était irrecevable en raison de ses nombreux retours au Salvador; si la SPR a commis une erreur en concluant à l’absence de minimum de fondement de sa demande d’asile; et si la SPR a commis une erreur en remettant en question l’authenticité d’un rapport de police sur la tentative de meurtre alléguée dont il avait été victime, sans l’aviser des doutes qu’elle avait à cet égard.

*Held*, the application should be dismissed.

With respect to the issue of mootness, in a judicial review of a negative decision by the RPD under section 96 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, there is no specific requirement therein that the refugee claimant still be in Canada at the time of the redetermination. In the absence of clear wording in the Act to the contrary, the respondent's position that the RPD does not have the jurisdiction to reconsider an application under section 96 once the applicant has properly been removed from Canada, even if the Court determined that the RPD committed a reviewable error in denying the application, was rejected. The RPD does have the jurisdiction to reconsider an application initially made pursuant to section 96 and in accordance with subsection 99(3) (pertaining to refugee claims made within Canada) of the Act in such circumstances, provided that the applicant is outside each of his or her countries of nationality. Contrary to the respondent's position, there continues to be a "live controversy" in respect of the application in those circumstances and therefore an application for judicial review of the RPD's initial decision was not moot. The fact that a removal order comes into force following a negative decision by the RPD and upon the expiry of the time limit referred to in subsection 110(2.1) of the Act, if an appeal to the RPD is not made or is unavailable, does not necessarily imply that Parliament intended to preclude the RPD from being able to hear an application that is remitted to it for redetermination after a person has been removed from Canada.

Regarding the RPD's finding that the applicant was ineligible for refugee protection by reason of his numerous returns to El Salvador, the RPD addressed each of the reasons the applicant returned to El Salvador and concluded that his actions were at all times voluntary. It proceeded to find, in accordance with paragraph 108(1)(a) of the Act, that its findings on this issue were determinative of the applicant's claim on that ground alone. Given the nature of the reasons offered by the applicant for returning seven times to his country of origin, including to obtain his children's school records, to dispose of property, etc., its conclusion was reasonable. Also, the RPD might have erred in applying paragraph 108(1)(a) of the Act to the facts of this case had it accepted that an attempt was made on the applicant's life or had it unreasonably rejected that allegation. However, the RPD reasonably concluded that the applicant had not established that the alleged attack on his life had in fact occurred. Regarding the police report, the RPD did not give it any weight since it did not mention in particular who was responsible for the alleged attack. Based on the facts of this case, it was thus reasonably open to the RPD to conclude that the applicant had not established that the alleged attack on his life had in fact occurred.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

En ce qui concerne la question du caractère théorique, lors du contrôle judiciaire d'une décision défavorable rendue par la SPR au titre de l'article 96 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la Loi n'exige pas expressément que le demandeur d'asile se trouve encore au Canada au moment du réexamen. En l'absence d'énoncé clair dans la Loi à l'effet du contraire, la thèse du défendeur selon laquelle la SPR n'a pas compétence pour réexaminer une demande au titre de l'article 96 quand le demandeur a déjà été renvoyé du Canada en bonne et due forme, même si la Cour a déterminé que la SPR a commis une erreur susceptible de contrôle en rejetant la demande, a été rejetée. La SPR a bel et bien compétence pour réexaminer une décision présentée initialement au titre de l'article 96 et conformément au paragraphe 99(3) (demandes d'asile faites au Canada) dans de telles circonstances, pourvu que le demandeur se trouve à l'extérieur de tout pays dont il a la nationalité. Contrairement à ce qu'a affirmé le défendeur, il continue d'y avoir un « litige actuel » entourant la demande dans ces circonstances et, par conséquent, la demande de contrôle judiciaire de la décision initiale rendue par la SPR n'était pas théorique. Le fait qu'une mesure de renvoi prenne effet après une décision défavorable rendue par la SPR et à l'expiration du délai prévu au paragraphe 110(2.1) de la Loi si un appel devant la SPR n'est pas formé ou s'il ne peut l'être ne signifie pas nécessairement que le législateur avait l'intention d'empêcher la SPR d'entendre une demande qui lui est renvoyée pour nouvelle décision après l'exécution de la mesure de renvoi du Canada à l'encontre du demandeur.

En ce qui a trait à la conclusion de la SPR selon laquelle la demande de protection du demandeur était irrecevable en raison de ses nombreux retours au Salvador, la SPR a examiné chacun des motifs pour lesquels le demandeur était retourné au Salvador et a conclu qu'il avait chaque fois agi de son plein gré. Elle a par la suite conclu que selon l'alinéa 108(1)a) de la Loi, pour ce seul motif, sa conclusion sur cette question était déterminante pour la demande d'asile du demandeur. Étant donné la nature des raisons données par le demandeur pour expliquer ses sept retours dans son pays d'origine, notamment pour obtenir les dossiers scolaires de ses enfants, disposer de ses biens, etc., la conclusion de la SPR était raisonnable. En outre, la SPR aurait pu commettre une erreur en appliquant l'alinéa 108(1)a) aux faits de l'espèce si elle avait accepté qu'une tentative de meurtre eût été perpétrée contre le demandeur ou si elle avait rejeté de manière déraisonnable cette allégation. Toutefois, la SPR a conclu de manière raisonnable que le demandeur n'avait pas établi que la tentative de meurtre alléguée s'était bel et bien produite. Quant au rapport de police, la SPR n'y a pas accordé d'importance, car il ne mentionnait pas les responsables de l'attaque alléguée. À la lumière des faits particuliers de l'espèce, il était raisonnablement loisible à la SPR de conclure que le demandeur n'avait pas établi que la tentative de meurtre alléguée s'était produite.

With respect to the RPD's finding that there was no credible basis for the applicant's claims, based on the RPD's decision and the record submitted, it was reasonably open to the RPD to conclude that there was no credible basis for the applicant's stated fears. That decision was amply justified, transparent, intelligible and supported by the evidence before the RPD. The outcome was also well within a range of possible acceptable outcomes which were defensible in respect of the facts and law. This was particularly so given that, in addition to providing no corroboration for his stated claims, the applicant was unable to provide evidence of similarly situated persons who had been harmed or otherwise targeted in the manner that he feared he might be treated despite being requested to do so during the RPD's hearing.

As to the police report, the RPD was concerned with its contents rather than its authenticity. Given all of the reasonable credibility concerns that the RPD identified regarding the applicant's testimony, it was reasonably open to it to decline to give the police report any weight. Regarding the issue of notice, it was apparent from the record that the applicant had ample notice of the RPD's concerns about the police report and the alleged attack on his life during the hearing and the applicant had every opportunity to address those concerns. Thus, the RPD did not err by failing to give the applicant notice regarding the authenticity of the police report concerning the attack on his life that allegedly occurred.

En ce qui concerne la conclusion de la SPR visant l'absence de minimum de fondement de la demande d'asile du demandeur, selon la décision rendue par la SPR et le dossier présenté, il était raisonnablement loisible à la SPR de conclure à l'absence de minimum de fondement des craintes alléguées du demandeur. Cette décision était amplement justifiée, transparente, intelligible et étayée par les éléments de preuve qui avaient été présentés à la SPR. Elle appartenait aussi aux « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit ». C'était particulièrement vrai étant donné que, en plus de n'avoir présenté aucun élément pour corroborer ses craintes alléguées, le demandeur n'a pas été en mesure de fournir d'élément de preuve portant sur des personnes dans la même situation que lui à qui on aurait fait du mal ou qui auraient autrement été prises pour cible de la façon dont il craignait d'être traité, bien qu'il ait été invité à le faire pendant l'audience de la SPR.

Quant au rapport de police, c'était le contenu du rapport qui préoccupait la SPR, plutôt que son authenticité. Étant donné tous les doutes raisonnables que la SPR avait soulevés quant à la crédibilité du témoignage du demandeur, il lui était raisonnablement loisible de refuser d'accorder un poids quelconque au rapport de police. Pour ce qui est de l'avis, il ressort nettement du dossier que le demandeur a été amplement informé des doutes que la SPR avait à propos du rapport de police et de la tentative de meurtre alléguée, et qu'il a eu tout le loisir de dissiper ces doutes. Par conséquent, la SPR n'a pas commis d'erreur en omettant d'aviser le demandeur de ses doutes concernant l'authenticité du rapport de police sur la tentative de meurtre qui aurait eu lieu.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(2), Part 1 (ss. 10.1–94), 48(1),(2), 49, 72(1)(e), 74(d), 96, 97, 99, 100, 107, 108(1), 110(2),(2.1), 112.  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 70(2)(c), 144, 145, 146, 147.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

##### DISTINGUISHED:

*Solis Perez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 171, 82 Imm. L.R. (3d) 167, affg 2008 FC 663, 328 F.T.R. 290; *Sogi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 108.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(2), partie 1 (art. 10.1 à 94), 48(1),(2), 49, 72(1)e), 74d), 96, 97, 99, 100, 107, 108(1), 110(2), (2.1), 112.  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, SOR/2002-227, art. 70(2)c), 144, 145, 146, 147.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

##### DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Solis Perez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CAF 171, confirmant 2008 CF 663; *Sogi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 108.



## CONSIDERED:

*Escobar Rosa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, IMM-3860-14, Russell J., order dated July 16, 2014, unreported; *Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 286, [2012] 2 F.C.R. 133; *Magusic v. Canada (Citizenship and Immigration)*, IMM-7124-13, Manson J., order dated July 22, 2014, unreported; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588, (1994), 58 C.P.R. (3d) 209 (C.A.); *Felipa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 272, [2012] 1 F.C.R. 3.

## REFERRED TO:

*Ontario Assn. of Architects v. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, 2002 FCA 218, [2003] 1 F.C. 331; *Lakatos v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 971; *Mekuria v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 304; *Villalobo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 773; *Freitas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 432, (1999), 161 F.T.R. 310 (T.D.); *Thamotharampillai v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FC 756, 37 Admin. L.R. (4th) 1; *Figurado v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FC 347, [2005] 4 F.C.R. 387; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129; *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 168, [2014] 4 F.C.R. 290; *Tobar Toledo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 226, [2015] 1 F.C.R. 215; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Attorney General)*, 2000 CanLII 16526, 264 N.R. 361 (F.C.A.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Edwards*, 2005 FCA 176, 335 N.R. 181; *Horne v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FCA 55; *Khokhar v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FCA 66, 430 N.R. 155; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Huntley*, 2011 FCA 273, [2012] 3 F.C.R. 118; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Savin*, 2014 FCA 160; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Lazareva*, 2005 FCA 181, 335 N.R. 21; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Gurusamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 990.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board dismissing the applicant's refugee claim on two principal and independent grounds. Application dismissed.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Escobar Rosa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, IMM-3860-14, le juge Russell, ordonnance en date du 16 juillet 2014, non publiée; *Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 28, [2012] 2 R.C.F. 133; *Magusic c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, IMM-7124-13, le juge Manson, ordonnance en date du 22 juillet 2014, non publiée; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.); *Felipa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 272, [2012] 1 R.C.F. 3.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Ordre des architectes de l'Ontario c. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, 2002 CAF 218, [2003] 1 C.F. 331; *Lakatos c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 971; *Mekuria c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 304; *Villalobo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 773; *Freitas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 C.F. 432 (1<sup>re</sup> inst.); *Thamotharampillai c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CF 756; *Figurado c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CF 347, [2005] 4 R.C.F. 387; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129; *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 168, [2014] 4 R.C.F. 290; *Tobar Toledo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 226, [2015] 1 R.C.F. 215; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Procureur général)*, 2000 CanLII 16526 (C.A.F.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Edwards*, 2005 CAF 176; *Horne c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CAF 55; *Khokhar c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CAF 66; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Huntley*, 2011 CAF 273, [2012] 3 R.C.F. 118; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Savin*, 2014 CAF 160; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Lazareva*, 2005 CAF 181; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Gurusamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 990.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant la demande d'asile du demandeur pour deux motifs principaux indépendants. Demande rejetée.



## APPEARANCES

*Craig Costantino* for applicant.  
*Cheryl D. Mitchell* for respondent.

## ONT COMPARU

*Craig Costantino* pour le demandeur.  
*Cheryl D. Mitchell* pour le défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD

*Elgin, Cannon & Associates*, Vancouver, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Elgin, Cannon & Associates*, Vancouver, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

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

[1] CRAMPTON C.J.: Mr. Escobar Rosa's application for refugee protection was dismissed by the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board on two principal and independent grounds. First, it found that Mr. Escobar Rosa had voluntarily returned to El Salvador on several occasions since he moved to Canada with his spouse in 2006. Second, it found that there was no credible basis for his claim for protection, including with respect to an attempt on his life that he alleges occurred at the end of his last trip to El Salvador.

[1] LE JUGE EN CHEF CRAMPTON : La demande d'asile de M. Escobar Rosa a été rejetée par la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour deux motifs principaux indépendants. La SPR a d'abord conclu que M. Escobar Rosa était retourné de son plein gré au Salvador plusieurs fois depuis qu'il avait déménagé au Canada avec son épouse en 2006. La SPR a ensuite conclu à l'absence de minimum de fondement de la demande de protection de M. Escobar Rosa, notamment en ce qui concerne la tentative de meurtre dont il aurait été victime à la fin de son dernier voyage au Salvador.

[2] Mr. Escobar Rosa submits that, in reaching its decision, the RPD erred by:

[2] M. Escobar Rosa soutient que la SPR a commis une erreur dans sa décision :

- a. concluding that he is ineligible for refugee protection by reason of his numerous returns to El Salvador;
- b. concluding that there was no credible basis for his claim for protection;
- c. questioning the authenticity of a police report regarding the alleged attempt on his life, without giving notice to him of its concerns in this regard;
- d. concluding that an attempt had not been made on his life; and

- a. en concluant que sa demande d'asile était irrecevable en raison de ses nombreux retours au Salvador;
- b. en concluant à l'absence de minimum de fondement de sa demande d'asile;
- c. en remettant en question l'authenticité d'un rapport de police sur la tentative de meurtre alléguée dont il avait été victime, sans l'aviser des doutes qu'elle avait à cet égard;
- d. en concluant qu'il n'avait pas été victime d'une tentative de meurtre;

e. finding implausible his allegation that another politician in El Salvador wanted to kill him.

[3] Given that Mr. Escobar Rosa was removed from Canada in July of this year [2014], the respondent submits that the RPD no longer has the jurisdiction to reconsider his application. For this reason, it asserts that this application no longer gives rise to a “live controversy”, and is therefore moot.

[4] For the reasons that follow, I have concluded that (i) the RPD does have the jurisdiction to reconsider Mr. Escobar Rosa’s application for protection, (ii) this application is not moot, and (iii) this application should nevertheless be dismissed on its merits.

[5] The respondent requested guidance as to how, procedurally, this issue of jurisdiction and mootness should be brought before the Court in similar circumstances in the future. Given the very particular nature of those circumstances and the relevant legislative scheme, the respondent is invited to bring this issue before the Court in the future by way of a motion to dismiss.

### I. Background

[6] Mr. Escobar Rosa is a citizen of El Salvador. He was elected leader of the Farabundo Marti National Liberation Front (FMLN) in his home town, El Divisadero, in the mid-1990s. Two years later, he was elected FMLN leader for the Morazan province. He was then elected to the National Legislative Assembly of El Salvador in 2000 and again in 2003.

[7] In late 2004, he became involved in a public dispute over the FMLN’s failure to address allegations of corruption that he had made concerning the mayor of El Divisadero, Mr. Ruben Benitez Andrade (Benitez), whom he believed was accepting bribes.

[8] After the FMLN failed to act on his allegations, Mr. Escobar Rosa quit the FMLN to help form a rival political party in June 2005.

e. en jugeant invraisemblable l’allégation selon laquelle un autre politicien au Salvador voulait le tuer.

[3] Étant donné que M. Escobar Rosa a été renvoyé du Canada en juillet de cette année [2014], le défendeur affirme que la SPR n’a plus compétence pour réexaminer sa demande. Pour ce motif, le défendeur avance que la présente demande ne soulève plus de « litige actuel » et qu’elle est donc théorique.

[4] Pour les motifs qui suivent, je conclus que i) la SPR a compétence pour réexaminer la demande de protection de M. Escobar Rosa, ii) cette demande n’est pas théorique, et iii) cette demande doit néanmoins être rejetée sur le fond.

[5] Le défendeur a demandé des directives sur la manière dont cette question de compétence et de caractère théorique devrait être présentée, du point de vue procédural, à la Cour dans des circonstances semblables à l’avenir. Étant donné la nature très particulière de ces circonstances et du régime législatif pertinent, le défendeur est invité à l’avenir à soumettre cette question à la Cour au moyen d’une requête en rejet.

### I. Contexte factuel

[6] M. Escobar Rosa est citoyen du Salvador. Il a été élu dirigeant du Front Farabundo Martí de libération nationale (FMLN) dans sa ville natale, El Divisadero, au milieu des années 1990. Deux ans plus tard, il a été élu dirigeant du FMLN pour la province de Morazan. Il a par la suite été élu à l’assemblée législative nationale du Salvador en 2000 et en 2003.

[7] À la fin de 2004, il s’est lancé dans un différend public concernant le défaut du FMLN de se pencher sur des allégations de corruption qu’il avait soulevées à propos du maire d’El Divisadero, M. Ruben Benitez Andrade (Benitez), qui, croyait-il, acceptait des pots-de-vin.

[8] Comme le FMLN ne prenait pas de mesures pour donner suite à ses allégations, M. Escobar Rosa a quitté le FMLN pour aider à former un parti politique rival en juin 2005.

[9] He claims to have decided to leave politics around the end of 2005 or early 2006 after an old friend who was well connected warned him that Benitez, who remains mayor of El Divisadero, was making plans to have him murdered. This followed an initial warning that he received around March 2005, when he was informed by a friend that someone he knew in a gang had been approached by someone in league with Benitez, who tried to pay them to have Mr. Escobar Rosa killed.

[10] Mr. Escobar Rosa claims to have taken the second report concerning Benitez' alleged plans to kill him more seriously than the first, for several reasons. First, by that point in time he had left the FMLN and had made a lot of powerful enemies, many of whom had fought in the civil war and saw him as a traitor. Second, his term in office was ending in June 2006 and he would no longer have bodyguards. Finally, he was concerned that Benitez, who is well connected to the ruling elite of the FMLN, would be more likely to carry through his plans once he (Escobar Rosa) was out of public office and therefore in a more vulnerable position.

[11] As the end of his second term in the Legislative Assembly approached in the ensuing months, Mr. Escobar Rosa arranged for his wife to be appointed to work at the Salvadoran Consulate in Vancouver. She obtained a consular visa and entered Canada in June 2006. He followed her with their children approximately one month later. Their most recent visas expired on May 31, 2014.

[12] Between 2006 and 2013, Mr. Escobar Rosa returned to El Salvador seven times. The reasons he gave for travelling there included the following: to obtain his children's school and immunization records, to dispose of property, and to visit his father, who has health issues with his lungs.

[13] During the last of his visits to El Salvador in September 2013, Mr. Escobar Rosa claims that he was driving from San Miguel to El Divisadero with his nephew when a pick-up truck passed them on the highway. He alleges that the vehicle then blocked the road in front of them and forced him to stop. When two

[9] Il affirme avoir décidé de quitter la politique vers la fin de 2005 ou au début de 2006 après avoir été averti par un vieil ami, ayant de bonnes relations, que Benitez, toujours maire d'El Divisadero, planifiait son assassinat. Cet avertissement faisait suite au premier qu'il avait reçu autour de mars 2005. Il avait alors été informé par un ami qu'un membre d'une bande avait été abordé par quelqu'un qui était de mèche avec Benitez et qui avait offert de l'argent pour faire assassiner M. Escobar Rosa.

[10] Pour diverses raisons, M. Escobar Rosa affirme avoir pris plus au sérieux le deuxième avertissement concernant les plans qu'aurait échauffés Benitez pour le faire assassiner. Premièrement, à ce moment-là, il avait quitté le FMLN et s'était fait nombre d'ennemis puissants, dont beaucoup avaient fait la guerre civile et le voyaient comme un traître. Deuxièmement, son mandat se terminait en juin 2006, après quoi il ne devait plus avoir de gardes du corps. Enfin, il craignait que Benitez, qui avait de bonnes relations avec l'élite dirigeante du FMLN, soit plus enclin à mettre ses plans à exécution quand lui-même, Escobar Rosa, n'occuperait plus de charge publique et se trouverait par conséquent dans une position plus vulnérable.

[11] Comme son deuxième mandat à l'assemblée législative devait se terminer dans les mois suivants, M. Escobar Rosa s'est organisé pour que sa femme décroche un poste au consulat du Salvador à Vancouver. Elle a obtenu un visa consulaire et est arrivée au Canada en juin 2006. Il est venu rejoindre sa femme avec leurs enfants environ un mois plus tard. Leurs derniers visas expiraient le 31 mai 2014.

[12] De 2006 à 2013, M. Escobar Rosa est retourné au Salvador sept fois. Il a fait ces voyages notamment pour les raisons suivantes : obtenir les dossiers scolaires et les dossiers de vaccination de ses enfants, disposer de ses biens et visiter son père, qui souffrait de problèmes pulmonaires.

[13] Durant sa dernière visite au Salvador en septembre 2013, M. Escobar Rosa affirme qu'il se rendait en voiture de San Miguel à El Divisadero avec son neveu lorsqu'une camionnette l'a dépassé sur la route. Il allègue que le véhicule a barré le chemin devant eux et qu'il a dû s'immobiliser. Lorsque deux hommes armés

men with rifles stepped out of the vehicle, he accelerated around them and sped away as they shot at him and his nephew.

[14] Immediately after making a complaint to the police the following day, he returned to Canada. In February of this year, he made a claim for refugee protection. That claim was rejected in April. He was then informed in June that he would be removed to El Salvador. After bringing an unsuccessful motion before Justice Russell to stay his removal, he was removed to that country on July 21, 2014. Leave for judicial review was then granted by this Court on August 27, 2014.

[15] On July 29, 2014, Mr. Escobar Rosa left El Salvador for Nicaragua, where he has remained pending the outcome of this application.

## II. Relevant Legislation

[16] Pursuant to paragraph 96(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), a Convention refugee is a person who, by reason of a well-founded fear of persecution for one of five stipulated reasons, including their political opinion, 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.

[17] Pursuant to subsection 97(1), a person in need of protection is a person who is “in Canada” and would be subjected to a danger or risk described in paragraph 97(1)(a) or (b), if removed to their country of nationality. Subsection 112(1), which allows a person to make an application for protection on those grounds, is also only available to a “person in Canada”.

[18] Notwithstanding the foregoing, paragraph 108(1)(a) states that a claim for refugee protection shall be rejected, and a person is not a Convention refugee or a person in need of protection, where the person has voluntarily reavailed themselves of the protection of their country of nationality.

de fusils sont sortis du véhicule, il les a contournés en accélérant puis s’est enfui, pendant que les deux hommes tiraient sur lui et sur son neveu.

[14] Il est rentré au Canada immédiatement après avoir déposé une plainte auprès de la police le lendemain. Il a demandé l’asile en février de cette année-là, demande qui a été rejetée en avril. Il a été informé en juin qu’il serait renvoyé au Salvador. Après avoir présenté sans succès une requête devant le juge Russell pour obtenir un sursis à l’exécution de la mesure de renvoi, il a été renvoyé au Salvador le 21 juillet 2014. La Cour a accueilli la demande d’autorisation de contrôle judiciaire le 27 août 2014.

[15] Le 29 juillet 2014, M. Escobar Rosa a quitté le Salvador pour se rendre au Nicaragua, où il est resté en attendant l’issue de la présente demande.

## II. Dispositions législatives pertinentes

[16] Aux termes de l’alinéa 96a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), a qualité de réfugié au sens de la Convention la personne qui, craignant avec raison d’être persécutée du fait de l’un des cinq motifs énoncés, y compris ses opinions politiques, 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.

[17] Aux termes du paragraphe 97(1), a qualité de personne à protéger la personne qui se trouve « au Canada » et qui serait exposée à un danger ou à un risque énoncé aux alinéas 97(1)a) ou b) par son renvoi dans le pays dont elle a la nationalité. Le paragraphe 112(1), qui permet de demander protection pour ces motifs, s’applique seulement à une « personne se trouvant au Canada ».

[18] Malgré ce qui précède, l’alinéa 108(1)a) précise qu’une demande d’asile est rejetée et que le demandeur n’a pas qualité de réfugié ou de personne à protéger s’il se réclame de nouveau et volontairement de la protection du pays dont il a la nationalité.

[19] Pursuant to subsection 49(2), a removal order made with respect to a claimant for refugee protection is conditional and comes into force upon the latest of certain dates. Where the claim for protection is rejected by the RPD, that date is “the expiry of the time limit referred to in subsection 110(2.1) or, if an appeal is made, 15 days after notification by the Refugee Appeal Division [RAD] that the claim is rejected” (paragraph 49(2)(c).)

[20] Subsection 110(2.1) simply states that appeals to the RAD must be filed and perfected within the time limits set out in the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations), as amended.

[21] If the RPD is of the opinion, in rejecting a claim, that there was no credible or trustworthy evidence on which it could have made a favourable decision, subsection 107(2) requires the RPD to include that finding in its reasons for the decision.

[22] Pursuant to paragraph 110(2)(c), no appeal to the RAD may be made from a negative decision of the RPD in which the RPD states that the claim has no credible basis or is manifestly unfounded.

[23] The full text of the above-mentioned sections is reproduced in Appendix 1 to these reasons.

### III. Mootness

[24] The respondent submits that both the scheme of the IRPA and the jurisprudence support the view that the RPD does not have the jurisdiction to reconsider Mr. Escobar Rosa’s application for protection. For this reason, it maintains that there is no “live controversy” between the parties to this application and that the application is therefore moot. I do not agree.

[25] The general test for mootness was stated in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342 (*Borowski*), at page 353, as follows:

[19] Conformément au paragraphe 49(2), une ordonnance de renvoi est conditionnelle et prend effet à la plus tardive de certaines dates. Quand la demande de protection du demandeur est rejetée par la SPR, l’ordonnance prend effet « à l’expiration du délai visé au paragraphe 110(2.1) ou, en cas d’appel, quinze jours après la notification du rejet de sa demande par la Section d’appel des réfugiés [SAR] » (alinéa 49(2)c)).

[20] Le paragraphe 110(2.1) énonce simplement que l’appel devant la SAR doit être interjeté et mis en état dans les délais prévus par le *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (Règlement), dans sa version modifiée.

[21] Si la SPR estime, en cas de rejet, qu’il n’a été présenté aucun élément de preuve crédible ou digne de foi sur lequel elle aurait pu fonder une décision favorable, le paragraphe 107(2) exige que la SPR en fasse état dans les motifs de sa décision.

[22] Conformément à l’alinéa 110(2)c), la décision défavorable de la SPR n’est pas susceptible d’appel devant la SAR si la SPR invoque l’absence de minimum de fondement de la demande d’asile ou déclare que la demande est manifestement infondée.

[23] Le libellé complet des dispositions susmentionnées est reproduit à l’annexe 1 des présents motifs.

### III. Caractère théorique

[24] Le défendeur soutient que le régime de la LIPR et la jurisprudence appuient l’idée que la SPR n’a pas compétence pour réexaminer la demande de protection de M. Escobar Rosa. Pour cette raison, il affirme qu’il n’y a pas de « litige actuel » entre les parties à la présente demande et que la demande est par conséquent théorique. Je ne suis pas d’accord.

[25] Le critère général applicable au caractère théorique a été énoncé dans l’arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 (*Borowski*), à la page 353 :

The approach in recent cases involves a two-step analysis. First it is necessary to determine whether the required tangible and concrete dispute has disappeared and the issues have become academic. Second, if the response to the first question is affirmative, it is necessary to decide if the court should exercise its discretion to hear the case. The cases do not always make it clear whether the term “moot” applies to cases that do not present a concrete controversy or whether the term applies only to such of those cases as the court declines to hear. In the interest of clarity, I consider that a case is moot if it fails to meet the “live controversy” test. A court may nonetheless elect to address a moot issue if the circumstances warrant.

[26] With respect to the latter circumstances, the Supreme Court of Canada identified three principal factors to be considered, namely, whether an adversarial relationship continues to exist between the parties, judicial economy, and whether proceeding to determine the merits of the matter might be viewed as intruding into the role of the legislative branch (*Borowski*, above, at pages 358–363).

[27] With respect to the scheme of the IRPA, the respondent notes that section 96 requires an applicant for refugee protection to be outside of the country to which his or her alleged fear pertains and that section 97 requires an applicant to be in Canada. It submits that Mr. Escobar Rosa meets neither criteria.

[28] Mr. Escobar Rosa concedes that section 97 defines a person in need of protection to be a person “in Canada” whose removal to their country of nationality would subject them to a danger or a risk described in paragraph 97(1)(a) or (b). The same is true of subsection 112(1), the provision under which persons may apply for protection, as contemplated by section 97. He also acknowledges that the jurisprudence has established that a judicial review of a negative determination under those provisions becomes moot once the applicant is removed from Canada (*Solis Perez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 171, 82 Imm. L.R. (3d) 167 (*Solis Perez*), at paragraph 5; *Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 286, [2012] 2 F.C.R. 133, at paragraph 30). (I note in passing, however, that in the latter case the F.C.A. proceeded to

La démarche suivie dans des affaires récentes comporte une analyse en deux temps. En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. En deuxième lieu, si la réponse à la première question est affirmative, le tribunal décide s’il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l’affaire. La jurisprudence n’indique pas toujours très clairement si le mot « théorique » (*moot*) s’applique aux affaires qui ne comportent pas de litige concret ou s’il s’applique seulement à celles de ces affaires que le tribunal refuse d’entendre. Pour être précis, je considère qu’une affaire est « théorique » si elle ne répond pas au critère du « litige actuel ». Un tribunal peut de toute façon choisir de juger une question théorique s’il estime que les circonstances le justifient.

[26] En ce qui concerne lesdites circonstances, la Cour suprême du Canada a déterminé les trois principaux facteurs à prendre en considération, c’est-à-dire l’existence d’un débat contradictoire qui continue entre les parties, l’économie des ressources judiciaires et la question de savoir si le fait d’établir le bien-fondé d’une affaire peut être considéré comme un empiétement sur la fonction législative (*Borowski*, précité, aux pages 358 à 363).

[27] En ce qui concerne le régime de la LIPR, le défendeur souligne que, selon l’article 96, le demandeur d’asile doit se trouver à l’extérieur du pays à l’origine de sa crainte alléguée et que, selon l’article 97, le demandeur doit se trouver au Canada. Le défendeur affirme que M. Escobar Rosa ne répond à ni l’un ni l’autre de ces critères.

[28] M. Escobar Rosa concède que, selon la définition de l’article 97, a qualité de personne à protéger la personne qui se trouve « au Canada » et qui serait exposée, par son renvoi dans le pays dont elle a la nationalité, à un danger ou à un risque visé aux alinéas 97(1)a) ou b). Il en va de même pour le paragraphe 112(1), la disposition en vertu de laquelle les personnes peuvent demander protection, au sens de l’article 97. Il reconnaît également que, selon la jurisprudence, le contrôle judiciaire d’une décision défavorable rendue au titre de ces dispositions devient théorique lorsque le demandeur est renvoyé du Canada (*Solis Perez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CAF 171 (*Solis Perez*), au paragraphe 5; *Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 286, [2012] 2 R.C.F. 133, au paragraphe 30). (Je souligne toutefois en passant que,



observe that the Court can nonetheless exercise its discretion to hear a moot application from a negative pre-removal risk assessment (PRRA) made pursuant to sections 97 and 112 on the basis of the other considerations set out in *Borowski*, above, and identified at paragraph 26, above.)

[29] Nevertheless, Mr. Escobar Rosa submits that he continues to be eligible for refugee protection under section 96 because he applied for such protection while he was in Canada and he is currently outside El Salvador. In this latter regard, he filed an affidavit sworn by his son shortly after the respondent filed its further memorandum of argument in this proceeding. In that affidavit, which is not contested by the respondent, his son states, among other things, that his father left El Salvador for Nicaragua approximately one week after being removed by Canadian authorities to El Salvador, and that he has remained in Nicaragua since that time. This appears to be confirmed by the copy of Mr. Escobar Rosa's passport that was appended to his son's affidavit. Given that this affidavit was adduced to support Mr. Escobar Rosa's position that the RPD has the jurisdiction to reconsider his application and that, therefore, his application for judicial review is not moot, it is admissible in this proceeding (*Ontario Assn. of Architects v. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, 2002 FCA 218, [2003] 1 F.C. 332, at paragraph 30).

[30] Notwithstanding the fact that Mr. Escobar Rosa is in Nicaragua, and therefore outside his country of nationality, the respondent maintains that the basis for the RPD to consider his application under section 96 has been eliminated because sections 99 and 100, which govern the referral of applications to the RPD, require that such applications originate from persons within Canada. In this regard, the respondent notes that subsections 99(2) and 99(3) draw a clear distinction between how applications outside and inside Canada, respectively, are to be processed. When a person is inside Canada, subsection 99(3) contemplates that an application for refugee protection must be made to an officer in Canada who will then determine whether the claim is

dans le dernier cas, la C.A.F. a fait ensuite observer que la Cour pouvait néanmoins exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre une demande théorique de contrôle judiciaire d'une décision défavorable rendue à l'issue d'une évaluation des risques avant renvoi (ERAR) au titre des articles 97 et 112 en se fondant sur les autres facteurs énoncés dans l'arrêt *Borowski*, précité, et mentionnés au paragraphe 26 ci-dessus.)

[29] M. Escobar Rosa soutient néanmoins que sa demande de protection au titre de l'article 96 est encore recevable parce qu'il a présenté sa demande alors qu'il se trouvait au Canada et qu'il est actuellement à l'extérieur du Salvador. Sur ce dernier point, il a produit un affidavit souscrit par son fils peu après que le défendeur eut déposé son mémoire des arguments supplémentaire dans la présente instance. Dans cet affidavit, non contesté par le défendeur, le fils déclare entre autres choses que son père a quitté le Salvador pour se rendre au Nicaragua environ une semaine après avoir été renvoyé au Salvador par les autorités canadiennes, et qu'il demeure au Nicaragua depuis ce temps. Cette déclaration semble être confirmée par une copie du passeport de M. Escobar Rosa jointe à l'affidavit de son fils. Étant donné que cet affidavit a été produit pour appuyer la thèse de M. Escobar Rosa selon laquelle la SPR a compétence pour réexaminer sa demande et que, par conséquent, sa demande de contrôle judiciaire n'est pas théorique, il est recevable en l'espèce (*Ordre des architectes de l'Ontario c. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, 2002 CAF 218, [2003] 1 C.F. 331, au paragraphe 30).

[30] Malgré le fait que M. Escobar Rosa soit au Nicaragua et qu'il se trouve donc à l'extérieur du pays dont il a la nationalité, le défendeur soutient que le fondement sur lequel la SPR pouvait examiner la demande au titre de l'article 96 a été éliminé, parce que les articles 99 et 100, lesquels régissent le renvoi des demandes à la SPR, exigent que de telles demandes soient présentées par des personnes se trouvant au Canada. À cet égard, le défendeur souligne que les paragraphes 99(2) et 99(3) établissent une distinction claire entre la façon de traiter les demandes faites respectivement à l'étranger et au Canada. Lorsqu'une personne se trouve au Canada, le paragraphe 99(3) précise que la demande d'asile se fait à l'agent au Canada, qui

eligible to be referred to the RPD, in accordance with subsection 100(1). By contrast, when a person is outside Canada, subsection 99(2) contemplates that an application for refugee protection must be made by making an application for a visa to a visa officer outside Canada, and that the application would then be governed by Part 1 [sections 10.1 to 94] of the IRPA, which deals with immigration to Canada from abroad.

[31] The respondent adds that subsection 49(2) of the IRPA, which governs the coming into force of removal orders, also contemplates that the RPD is to make determinations under sections 96 and 97 prior to the removal of an applicant from Canada. Specifically, the respondent suggests that Parliament contemplated that the RPD must make its determinations while applicants for protection are still in Canada because, in the case of claims rejected by the RPD, removal orders come into force upon the expiry of the time limit for making an appeal, or if an appeal is made, 15 days after notification by the RAD that the claim is rejected.

[32] In support of the foregoing submissions regarding the scheme of the IRPA, the respondent relies on *Solis Perez*, above, and a number of cases in which that case has been followed (*Lakatos v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 971, at paragraphs 4–6; *Mekuria v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 304, at paragraph 15; and *Villalobo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 773, at paragraphs 17–19).

[33] In *Solis Perez*, the F.C.A. stated [at paragraph 5]:

We agree that the application for judicial review is moot, and in particular with the statement made by Martineau J. at page 25 of his reasons where he says:

[...] Parliament intended that the PRRA should be determined before the PRRA applicant is removed from Canada, to avoid putting her or him at risk in her or his country of origin. To this extent, if a PRRA applicant is removed from Canada before a determination is made on the risks to which that person would be subject to in her or his country of origin, the intended objective of the PRRA system can no longer be met. Indeed, this explains why section 112 of the Act specifies that a person applying for protection is a “person in Canada”.

détermine ensuite si la demande est recevable et peut être déferée à la SPR, conformément au paragraphe 100(1). Par contre, lorsque la personne se trouve à l'étranger, le paragraphe 99(2) précise que la demande d'asile se fait par une demande de visa présentée à un agent des visas à l'extérieur du Canada, et que la demande est alors régie par la partie 1 [articles 10.1 à 94] de la LIPR, qui traite de l'immigration au Canada.

[31] Le défendeur ajoute que, aux termes du paragraphe 49(2) de la LIPR, lequel régit la prise d'effet des mesures de renvoi, la décision au titre des articles 96 et 97 est rendue par la SPR avant que le demandeur ne soit renvoyé du Canada. Plus précisément, le législateur a prévu que la SPR rende ses décisions pendant que les demandeurs d'asile sont encore au Canada parce que, en cas de rejet des demandes par la SPR, les mesures de renvoi prennent effet à l'expiration du délai d'appel ou, en cas d'appel, 15 jours après la notification du rejet de la demande par la SPR.

[32] À l'appui des observations susmentionnées sur le régime de la LIPR, le défendeur se fonde sur l'arrêt *Solis Perez*, précité, et sur certaines décisions dans lesquelles cet arrêt a été invoqué (*Lakatos c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 971, aux paragraphes 4 à 6; *Mekuria c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 304, au paragraphe 15; et *Villalobo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 773, aux paragraphes 17 à 19).

[33] Dans l'arrêt *Solis Perez*, la C.A.F. s'est exprimée ainsi [au paragraphe 5] :

Nous sommes d'avis que la demande de contrôle judiciaire est théorique, et, plus particulièrement, nous souscrivons aux propos suivants tenus par le juge Martineau au paragraphe 25 de ses motifs :

[...] le législateur voulait que la demande d'ERAR soit jugée avant que la personne demandant l'ERAR soit renvoyée du Canada, dans le but d'éviter de la placer à risque dans son pays d'origine. Ainsi, si la personne demandant un ERAR est renvoyée du Canada, avant qu'une décision n'ait été prise sur les risques auxquels elle ferait face dans son pays d'origine, l'objectif visé par le régime ERAR ne peut plus être atteint, ce qui explique pourquoi l'article 112 de la Loi précise qu'un demandeur de protection est une « personne se trouvant au Canada ».

By the same logic, a review of a negative decision of a PRRA officer after the subject person has been removed from Canada, is without object. [Emphasis added.]

[34] In my view, an important factor in the decisions of both the F.C.A. and Justice Martineau at first instance (*Solis Perez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 663, 328 F.T.R. 290) was that section 112 specifies that a person applying for protection is a “person in Canada”. The same was true in *Sogi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 108, at paragraph 31, where Justice Noël stated: “[I]f a PRRA applicant is removed from Canada before a determination is made on the risks to which that person would be subject to in his or her country of origin, the intended objective of the PRRA system can no longer be met. This is why section 112 of the IRPA specifies that a person applying for protection is a ‘person in Canada’.” Those cases, as well as the cases cited at paragraph 32 above, were all judicial reviews of decisions made by a PRRA officer, pursuant to sections 97 and 112 of the IRPA.

[35] In a judicial review of a negative PRRA decision, there would be little point in sending the matter back for redetermination by a different PRRA officer, because the applicant would no longer be “in Canada”, as required by those provisions. In that context, it is readily apparent that the judicial review would be without object (*Solis Perez*, above).

[36] The same cannot be said with respect to a judicial review of a negative decision by the RPD under section 96. There is no specific requirement in section 96 that the refugee claimant still be in Canada at the time of the redetermination. In the absence of clear wording in the IRPA to the contrary, I reject the respondent’s position that the RPD does not have the jurisdiction to reconsider an application under section 96 once the applicant has properly been removed from Canada, even if this Court determines that the RPD committed a reviewable error in denying the application. Indeed, there is jurisprudence of this Court to the contrary (*Freitas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 432, at paragraph 29; *Magusic v. Canada (Citizenship and Immigration)*, IMM-7124-13, Manson

Suivant la même logique, le contrôle judiciaire de la décision défavorable d’un agent d’ERAR rendue après que la personne en cause a été renvoyée du Canada est sans objet. [Non souligné dans l’original.]

[34] À mon avis, un important facteur tant de l’arrêt de la C.A.F. que de la décision rendue par le juge Martineau en première instance (*Solis Perez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 663), c’est que l’article 112 précise qu’un demandeur de protection est une « personne se trouvant au Canada ». Il en va de même pour la décision *Sogi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 108, au paragraphe 31, où le juge Noël a déclaré ceci : « [S]i la personne demandant un ERAR est renvoyée du Canada, avant qu’une détermination ne soit faite sur les risques auxquels elle ferait face dans son pays d’origine, l’objectif visé par le régime ERAR ne peut plus être atteint. Il s’agit de la raison pour laquelle l’article 112 de la LIPR précise qu’un demandeur de protection est une “ personne se trouvant au Canada ” ». Ces affaires, comme celles qui sont citées au paragraphe 32 ci-dessus, étaient toutes des contrôles judiciaires de décisions rendues par un agent d’ERAR au titre des articles 97 et 112 de la LIPR.

[35] Lors du contrôle judiciaire d’une décision défavorable rendue à l’issue d’un ERAR, il serait peu utile de renvoyer l’affaire à un autre agent d’ERAR pour nouvelle décision parce que le demandeur ne se trouverait plus « au Canada », comme l’exigent ces dispositions. Dans ce contexte, il devient vite apparent que le contrôle judiciaire serait sans objet (*Solis Perez*, précité).

[36] Ce n’est toutefois pas le cas du contrôle judiciaire d’une décision défavorable rendue par la SPR au titre de l’article 96. L’article 96 n’exige pas expressément que le demandeur d’asile se trouve encore au Canada au moment du réexamen. En l’absence d’énoncé clair dans la LIPR à l’effet du contraire, je rejette la thèse du défendeur selon laquelle la SPR n’a pas compétence pour réexaminer une demande au titre de l’article 96 quand le demandeur a déjà été renvoyé du Canada en bonne et due forme, même si la Cour détermine que la SPR a commis une erreur susceptible de contrôle en rejetant la demande. En effet, certains précédents de la Cour indiquent le contraire (*Freitas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 C.F. 432, au paragraphe 29; *Magusic c.*

J., order dated July 22, 2014 (unreported) (*Magusic*), at paragraphs 10–11; see also *Thamotharampillai v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FC 756, 37 Admin. L.R. (4th) 1, at paragraph 16).

[37] In my view, the RPD does have the jurisdiction to reconsider an application initially made pursuant to section 96 and in accordance with subsection 99(3) in such circumstances, provided that the applicant is outside each of his or her countries of nationality. Contrary to the respondent's position, there continues to be a "live controversy" in respect of the application in those circumstances, and therefore, an application for judicial review of the RPD's initial decision is not moot.

[38] The position adopted by the respondent would preclude any possibility of a remedy for legitimate refugee claimants who have been removed from Canada following a negative decision by the RPD that was unreasonable or otherwise fatally flawed. In my view, such an outcome would be inconsistent with a number of the objectives set forth in subsection 3(2) of the IRPA, including the following:

- granting fair consideration to those who come to Canada claiming persecution (paragraph 3(2)(c));
- offering a safe haven to persons who are able to demonstrate that they are a Convention refugee, as defined in section 96 (paragraph 3(2)(d)); and
- establishing fair and efficient procedures that maintain the integrity of the Canadian refugee protection system, while upholding Canada's respect for the human rights and fundamental freedoms of all human beings (paragraph 3(2)(e)).

[39] The fact that a removal order comes into force following a negative decision by the RPD and upon the expiry of the time limit referred to in subsection 110(2.1) if an appeal to the RAD is not made or is unavailable, does not necessarily imply that Parliament intended to preclude the RPD from being able to hear an application that is remitted to it for redetermination after a person

*Canada (Citoyenneté et Immigration)*, IMM-7124-13, le juge Manson, ordonnance en date du 22 juillet 2014 (non publiée) (*Magusic*), aux paragraphes 10 et 11; voir également *Thamotharampillai c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CF 756, au paragraphe 16).

[37] À mon avis, la SPR a bel et bien compétence pour réexaminer une décision présentée initialement au titre de l'article 96 et conformément au paragraphe 99(3) dans de telles circonstances, pourvu que le demandeur se trouve à l'extérieur de tout pays dont il a la nationalité. Contrairement à ce qu'affirme le défendeur, il continue d'y avoir un « litige actuel » entourant la demande dans ces circonstances et, par conséquent, la demande de contrôle judiciaire de la décision initiale rendue par la SPR n'est pas théorique.

[38] Selon la thèse adoptée par le défendeur, toute possibilité de réparation serait écartée pour les demandeurs d'asile légitimes qui ont été renvoyés du Canada après une décision défavorable de la SPR qui était déraisonnable ou autrement entachée d'un vice fatal. À mon avis, une telle issue serait incompatible avec certains des objets énoncés au paragraphe 3(2) de la LIPR, dont les suivants :

- faire bénéficier ceux qui fuient la persécution d'une procédure équitable (alinéa 3(2)c));
- offrir l'asile à ceux qui sont en mesure de démontrer qu'ils ont la qualité de réfugié au sens de la Convention, aux termes de l'article 96 (alinéa 3(2)d));
- mettre en place une procédure équitable et efficace qui soit respectueuse, d'une part, de l'intégrité du processus canadien d'asile et, d'autre part, des droits et des libertés fondamentales reconnus à tout être humain (alinéa 3(2)e)).

[39] Le fait qu'une mesure de renvoi prenne effet après une décision défavorable rendue par la SPR et à l'expiration du délai prévu au paragraphe 110(2.1) si un appel devant la SAR n'est pas formé ou s'il ne peut l'être ne signifie pas nécessairement que le législateur avait l'intention d'empêcher la SPR d'entendre une demande qui lui est renvoyée pour nouvelle décision

has been removed from Canada. The same is true with respect to the fact that, pursuant to subsection 48(2), persons who are subject to enforceable removal orders are required to leave Canada immediately and such orders must be enforced as soon as possible. Among other things, these provisions implicitly assume that the RPD did not commit a reviewable error in reaching the decision that led to the conditional removal order becoming enforceable.

[40] Given my conclusions that the RPD has the jurisdiction to reconsider the claim made by Mr. Escobar Rosa under section 96 and subsection 99(3), and that therefore there continues to be a “live controversy” between the parties, it is not necessary to proceed to the second stage of the analysis set forth in *Borowski*, above. Nevertheless, I consider it appropriate to briefly address one of the submissions made in this regard by the respondent.

[41] Relying on this Court’s decisions in *Figurado v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FC 347, [2005] 4 F.C.R. 387, at paragraph 48 and *Thamotharampillai*, above, at paragraphs 20–22, the respondent submitted that if I had decided that this application was moot, it would not have been appropriate for me to exercise my discretion to hear the merits of the application, because this would involve the Court encroaching upon the legislative function of Parliament. In this regard, the respondent maintained that quashing the RPD’s decision and remitting the matter back for redetermination by a differently constituted panel would essentially amount to establishing a new mechanism for persons outside Canada to seek refugee protection. In the respondent’s view, Parliament can be taken to have already addressed its mind to this issue, by establishing the Convention refugees abroad class and the country of asylum class in the Regulations (paragraph 70(2)(c) and sections 144–147). Accordingly, the respondent maintained that the Court should refrain from expanding the refugee protection available to persons outside Canada beyond those categories.

après l’exécution de la mesure de renvoi du Canada à l’encontre du demandeur. La même chose s’applique au fait que, aux termes du paragraphe 48(2), les personnes visées par une mesure de renvoi exécutoire doivent immédiatement quitter le Canada, la mesure devant être exécutée dès que possible. Ces dispositions supposent notamment que la SPR n’a pas commis d’erreur susceptible de contrôle en rendant la décision qui a rendu exécutoire la mesure de renvoi conditionnelle.

[40] Étant donné mes conclusions selon lesquelles la SPR a compétence pour réexaminer la demande d’asile présentée par M. Escobar Rosa au titre de l’article 96 et du paragraphe 99(3) et que, par conséquent, il continue d’y avoir un « litige actuel » entre les parties, la Cour n’aura pas besoin de procéder à la deuxième étape de l’analyse exposée dans l’arrêt *Borowski*, précité. Néanmoins, j’estime qu’il convient d’examiner brièvement une des observations présentées à cet égard par le défendeur.

[41] Se fondant sur les décisions *Figurado c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CF 347, [2005] 4 R.C.F. 387, au paragraphe 48, et *Thamotharampillai*, précitée, aux paragraphes 20 à 22, rendues par la Cour, le défendeur soutient que, si j’avais décidé que la demande était théorique, il n’aurait pas été approprié pour moi d’exercer mon pouvoir discrétionnaire et d’entendre la demande sur le fond, parce que ce faisant, la Cour aurait empiété sur la fonction législative du législateur. À cet égard, le défendeur soutient qu’annuler la décision de la SPR et renvoyer l’affaire à un tribunal différemment constitué pour nouvelle décision équivaldrait essentiellement à établir un nouveau mécanisme permettant aux personnes de demander l’asile à l’extérieur du Canada. Selon le point de vue du défendeur, on peut tenir pour acquis que le législateur a déjà traité la question en établissant la catégorie des réfugiés au sens de la Convention outre-frontières et la catégorie de personnes de pays d’accueil dans le Règlement (alinéa 70(2) c) et articles 144 à 147). Par conséquent, le défendeur soutient que la Cour devrait se garder d’étendre la protection des réfugiés offerte aux personnes à l’extérieur du Canada aux demandeurs qui n’appartiennent pas à ces catégories.



[42] In my view, this argument fails to recognize that persons in Mr. Escobar Rosa's situation made their application, pursuant to subsection 99(3), while they were in Canada. If they are able to demonstrate that the RPD erred in reaching its decision, they are entitled to have that same application reheard by a differently constituted panel of the RPD, provided that they remain outside each of their countries of nationality, or, if they do not have a country of nationality, outside the country of their former habitual residence, as required by paragraphs 96(a) and (b), respectively.

[43] In passing, I pause to note that had it been necessary for me to move to the second stage of the framework set forth in *Borowski*, above, I would have found that the fact that the Court dismissed Mr. Escobar Rosa's motion for a stay, after determining that it raised no serious issue to be tried, weighed in favour of rejecting this judicial review on its merits (*Thamotharampillai*, above, at paragraph 19).

[44] Similarly, a refusal of this Court to grant a stay, after finding that no serious issue to be tried had been raised, generally will also weigh strongly in favour of the Court declining to grant leave for judicial review on the application underlying the motion for the stay. This is because it would ordinarily follow in such circumstances that there is no fairly arguable case (*Figurado*, above, at paragraphs 45 and 49).

[45] The respondent made its submissions regarding jurisdiction and mootness at the outset of the hearing of this application. It noted that in another recent matter, dealing with a similar fact pattern (*Magusic*, above), it raised those issues by way of a preliminary motion in writing to dismiss the application for judicial review of the RPD's decision. That motion was dismissed. The respondent requested guidance regarding the procedure for raising those issues in the future, when a claimant for refugee protection has been removed from Canada.

[46] My response to this request is influenced by my view that the jurisdictional issue raised by the respondent may well warrant consideration by the Federal

[42] À mon avis, cet argument ne tient pas compte du fait que les personnes se trouvant dans la situation de M. Escobar Rosa ont présenté leur demande, conformément au paragraphe 99(3), alors qu'elles se trouvaient au Canada. Si une telle personne est capable de démontrer que la SPR a commis une erreur dans sa décision, elle a droit à ce que la même demande soit entendue par un tribunal différemment constitué de la SPR, pourvu qu'elle se trouve hors de tout pays dont elle a la nationalité, ou, si elle n'a pas de nationalité, hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, comme l'exigent les alinéas 96a) et b), respectivement.

[43] En passant, j'ouvre ici une parenthèse. Si j'avais eu à passer à la deuxième étape du cadre établi dans l'arrêt *Borowski*, précité, j'aurais conclu que le fait que la Cour ait rejeté la requête en sursis de M. Escobar Rosa, après avoir déterminé que la requête ne soulevait aucune question grave à trancher, pesait en faveur du rejet du présent contrôle judiciaire sur le fond (*Thamotharampillai*, précitée, au paragraphe 19).

[44] De même, le refus de la Cour d'accorder un sursis, après avoir conclu qu'aucune question grave à trancher n'avait été soulevée, incitera fortement la Cour en général à rejeter la demande d'autorisation de contrôle judiciaire de la décision à l'origine de la requête en sursis. C'est parce que dans de telles circonstances, il s'ensuit habituellement qu'il n'y a pas de cause plaidable (*Figurado*, précitée, aux paragraphes 45 et 49).

[45] Le défendeur a présenté ses observations sur la compétence et le caractère théorique au début de l'audience concernant la présente demande. Je note que, dans une autre affaire récente qui portait sur une situation factuelle similaire (*Magusic*, précitée), le défendeur avait soulevé ces questions par écrit par voie de requête préliminaire en rejet de la demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par la SPR. Ladite requête a été rejetée. Le défendeur a demandé des directives sur la procédure à suivre pour soulever ces questions à l'avenir, dans les affaires où le demandeur d'asile aura été renvoyé du Canada.

[46] Ma réponse à cette demande est influencée par mon opinion selon laquelle la Cour d'appel fédérale (C.A.F.) devra peut-être un jour ou l'autre se pencher sur



Court of Appeal (F.C.A.) at some point in the future. This will be particularly so if the removal of refugee claimants from Canada soon after the issuance of a negative decision by the RPD is not a rare occurrence and if inconsistencies in the jurisprudence of this court begin to emerge. (No evidence was adduced in this proceeding regarding the frequency of such removals.)

[47] However, it may take some time before an application for judicial review of a decision of the RPD in which this issue would be dispositive of the appeal comes before the Court (*Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, at paragraph 28; *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 168, [2014] 4 F.C.R. 290, at paragraphs 9–12; *Tobar Toledo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 226, [2015] 1 F.C.R. 215, at paragraph 27). This is because, when the jurisdiction and mootness issues are raised in this context, they will be alongside other issues raised by the parties. If the F.C.A. were to reject the submissions made with respect to jurisdiction and mootness, the arguments raised with respect to the substance of the RPD's decision would remain to be addressed.

[48] With this in mind, a motion to dismiss would provide a more efficient method for the issues of jurisdiction and mootness to be brought before the F.C.A., after initial adjudication by this Court.

[49] Although a challenge to an application for judicial review ordinarily should be heard at the time of the hearing of the application itself, there are exceptions to this principle (*David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.) (*David Bull*), at page 600; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557, at paragraphs 47–48; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Attorney General)*, 2000 CanLII 16526, 264 N.R. 361 (F.C.A.), at paragraphs 9–10). Likewise, although the scheme contemplated in paragraphs 72(1)(e) and 74(d) of the IRPA generally precludes the bringing of an appeal from

la question de la compétence soulevée par le défendeur. Cette situation se produira plus particulièrement si le renvoi d'un demandeur d'asile du Canada peu de temps après le prononcé d'une décision défavorable par la SPR finit par arriver plus souvent et que des incohérences dans la jurisprudence de la Cour commencent à ressortir. (Dans la présente instance, aucun élément de preuve n'a été produit sur la fréquence de ces renvois.)

[47] Toutefois, il faudra peut-être du temps avant que la Cour ne soit saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la SPR soulevant une question en litige qui permettrait de trancher l'appel (*Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129, au paragraphe 28; *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 168, [2014] 4 R.C.F. 290, aux paragraphes 9 à 12; *Tobar Toledo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 226, [2015] 1 R.C.F. 215, au paragraphe 27). La raison est la suivante : lorsque les questions de la compétence et du caractère théorique sont soulevées dans ce contexte, ce sera avec d'autres questions soulevées par les parties. Si la C.A.F. devait rejeter les observations à l'égard de la compétence et du caractère théorique, les arguments soulevés quant au fond de la décision de la SPR devraient quand même être examinés.

[48] Voilà pourquoi une requête en rejet constituerait une façon plus efficiente de saisir la C.A.F. des questions de la compétence et du caractère théorique, après le prononcé d'une décision initiale rendue par la Cour.

[49] La contestation d'une demande de contrôle judiciaire doit normalement être entendue en même temps que la demande elle-même, mais ce principe admet quelques exceptions (*David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.) (*David Bull*), à la page 600; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557, aux paragraphes 47 et 48; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Procureur général)*, 2000 CanLII 16526 (C.A.F.), aux paragraphes 9 et 10). De même, si le régime prévu aux alinéas 72(1)e) et 74d) de la LIPR empêche généralement la formation d'un appel à l'encontre d'une décision

an interlocutory judgment of this Court in connection with an application for judicial review of a decision made under that legislation, there are once again exceptions to this principle (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Edwards*, 2005 FCA 176, 335 N.R. 181, at paragraphs 10–11; *Horne v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FCA 55, at paragraph 8); *Khokhar v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FCA 66, 430 N.R. 155, at paragraphs 8–12; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Huntley*, 2011 FCA 273, [2012] 3 F.C.R. 118, at paragraph 7). These exceptions include an interlocutory judgment that “constitutes a separate, divisible, judicial act” from assessing, on the applicable standard of review, the merits of a decision made under the IRPA (*Felipa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 272, [2012] 1 F.C.R. 3 (*Felipa*), at paragraphs 10–12). They may also include where a question is certified (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Savin*, 2014 FCA 160, at paragraphs 12–13; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Lazareva*, 2005 FCA 181, at paragraph 9).

[50] In my view, an interlocutory judgment that concerns the jurisdiction of the RPD to reconsider a decision after an applicant for refugee protection has been removed from Canada is the type of separate, divisible, judicial act contemplated by *Felipa*, above, and the judgments cited therein. I am satisfied that it is also the type of exception contemplated by *David Bull*, above.

#### IV. Standard of Review

[51] With the exception of the procedural fairness issue that Mr. Escobar Rosa has raised concerning the RPD’s failure to provide notice that it had concerns regarding the authenticity of the police report, the other issues that he has raised (as set forth in paragraph 2, above) are all questions of fact, or mixed fact and law. Those issues are therefore reviewable on a standard of reasonableness (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraphs 51–53.

interlocutoire de la Cour consécutive à une demande de contrôle judiciaire d’une décision rendue en application de cette loi, il y a là encore des exceptions (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Edwards*, 2005 CAF 176, aux paragraphes 10 et 11; *Horne c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CAF 55, au paragraphe 8); *Khokhar c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CAF 66, aux paragraphes 8 à 12; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Huntley*, 2011 CAF 273, [2012] 3 R.C.F. 118, au paragraphe 7). Les exceptions comprennent les décisions interlocutoires qui constituent un « acte judiciaire distinct et divisible » de l’appréciation, selon la norme de contrôle raisonnable, du bien-fondé d’une décision rendue en vertu de la LIPR (*Felipa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 272, [2012] 1 R.C.F. 3 (*Felipa*), aux paragraphes 10 à 12). Les exceptions comprennent également les décisions dans lesquelles une question est certifiée (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Savin*, 2014 CAF 160, aux paragraphes 12 et 13; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Lazareva*, 2005 CAF 181, au paragraphe 9).

[50] À mon avis, une décision interlocutoire sur la question de savoir si la SPR a compétence pour réexaminer une décision quand le demandeur d’asile a déjà été renvoyé du Canada est le type d’acte judiciaire distinct et divisible envisagé dans l’arrêt *Felipa*, précité, et dans les décisions citées dans cet arrêt. Je conclus qu’il s’agit aussi du type d’exception qu’envisageait l’arrêt *David Bull*, précité.

#### IV. Norme de contrôle

[51] À l’exception de la question d’équité procédurale soulevée par M. Escobar Rosa relativement au défaut de la SPR de l’informer qu’elle doutait de l’authenticité du rapport de police, les autres questions qu’il a soulevées (exposées au paragraphe 2 ci-dessus) constituent toutes des questions de fait, ou des questions mixtes de fait et de droit. Ces questions sont donc susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), aux paragraphes 51 à 53.

[52] The procedural fairness issue that has been raised is reviewable on a standard of correctness (*Dunsmuir*, above at paragraphs 79 and 87; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 43).

## V. Analysis

### A. *Did the RPD err in finding that the applicant was ineligible for refugee protection by reason of his numerous returns to El Salvador?*

[53] In its decision, the RPD addressed each of the reasons why Mr. Escobar Rosa returned to El Salvador and concluded that his actions were at all times voluntary. In this regard, it found that there was nothing that he “accomplished while in El Salvador that could not have been done through mail or by telephone or by having relatives provide [him] with the assistance that [he] required”. It added that there was “no matter urgent enough that it overrode [his] free will in choosing to go back”.

[54] The RPD proceeded to find, pursuant to paragraph 108(1)(a) of the IRPA, that its findings on this issue were determinative of Mr. Escobar Rosa’s claim, on that ground alone.

[55] Given the nature of the reasons offered by Mr. Escobar Rosa for returning seven times to El Salvador (namely, to obtain his children’s school and immunization records, to dispose of property, and to visit his father who has health issues with his lungs), I am satisfied that the RPD’s conclusion on this issue was reasonable.

[56] Mr. Escobar Rosa asserts that the RPD erred in reaching its conclusion on this issue because he applied for refugee protection immediately following the attempt on his life on September 15, 2013 and he did not return to El Salvador between that time and the execution of the removal order in July of this year.

[52] La question d’équité procédurale qui a été soulevée est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte (*Dunsmuir*, précité, aux paragraphes 79 et 87; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 43).

## V. Analyse

### A. *La SPR a-t-elle commis une erreur en concluant que la demande d’asile du demandeur était irrecevable en raison de ses nombreux retours au Salvador?*

[53] Dans sa décision, la SPR a examiné chacune des raisons pour lesquelles M. Escobar Rosa était retourné au Salvador et a conclu qu’il avait chaque fois agi de son plein gré. La SPR a estimé que rien de ce qu’il avait fait pendant son séjour au Salvador n’aurait pu être fait « par courrier ou par téléphone ou en demandant à des membres de [sa] famille de [lui] apporter l’aide dont [il avait] besoin ». La SPR a ajouté que « rien n’était urgent au point de l’emporter sur [sa] liberté de choisir de retourner dans [son] pays ».

[54] Selon l’alinéa 108(1)a) de la LIPR, la SPR a ensuite déterminé que, pour ce seul motif, sa conclusion sur cette question était déterminante pour la demande d’asile de M. Escobar Rosa.

[55] Étant donné la nature des raisons données par M. Escobar Rosa pour expliquer ses sept retours au Salvador (à savoir obtenir les dossiers scolaires et les dossiers de vaccination de ses enfants, disposer de ses biens et visiter son père, qui souffrait de problèmes pulmonaires), j’estime que la conclusion tirée par la SPR sur ce point était raisonnable.

[56] M. Escobar Rosa allègue que la SPR a commis une erreur dans sa conclusion sur ce point parce qu’il a demandé l’asile immédiatement après la tentative de meurtre dont il avait été victime le 25 septembre 2013 et qu’il n’est pas retourné au Salvador entre le moment où il a fait sa demande et l’exécution de la mesure de renvoi en juillet de cette année.

[57] I accept that the RPD might have erred in applying paragraph 108(1)(a) to the facts of this case, if it had accepted that an attempt had been made on his life by agents of Mr. Benitez, or if it had unreasonably rejected that allegation (*Gurusamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 990, at paragraph 40).

[58] However, I am satisfied that the RPD reasonably concluded that Mr. Escobar Rosa had not established that the alleged attack on his life on September 15, 2013 in fact occurred.

[59] Once the RPD had raised several reasonable credibility concerns regarding Mr. Escobar Rosa's narrative, it was open to the RPD to require persuasive corroboration of his allegations regarding that purported attack on his life. However, the only corroboration he provided was a police report that simply reflected what he had told the police.

[60] The RPD noted that additional corroboration could have been provided, for example, either by evidence from Mr. Escobar Rosa's nephew, who purportedly was an eye witness to the alleged attack, or by pictures of bullet holes in his car. The RPD also observed that the police report did not make any mention of who was responsible for the alleged attack, despite the fact that Mr. Escobar Rosa has "strong ideas as to who likely was responsible for the attack". Given the foregoing, it decided not to give the police report any weight.

[61] On the particular facts of this case, I am satisfied that it was reasonably open to the RPD to conclude that Mr. Escobar Rosa had not established that the alleged attack on his life occurred. In my view, that conclusion was well within "a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law" (*Dunsmuir*, above, at paragraph 47).

[62] Having reasonably reached that conclusion, it was not unreasonable for the RPD to proceed to reject Mr. Escobar Rosa's claim for protection on the basis that he had voluntarily returned to El Salvador on numerous occasions. But for the procedural fairness issue that

[57] Je reconnais que la SPR aurait pu commettre une erreur en appliquant l'alinéa 108(1)a) aux faits de l'espèce si elle avait accepté qu'une tentative de meurtre avait été perpétrée contre le demandeur par les agents de M. Benitez, ou si elle avait rejeté de manière déraisonnable cette allégation (*Gurusamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 990, au paragraphe 40).

[58] Toutefois, j'estime que la SPR a conclu de manière raisonnable que M. Escobar Rosa n'avait pas établi que la tentative de meurtre alléguée du 15 septembre 2013 s'était bel et bien produite.

[59] Après avoir formulé plusieurs réserves raisonnables sur la crédibilité du récit de M. Escobar Rosa, il était loisible à la SPR d'exiger une corroboration convaincante des allégations concernant la supposée tentative de meurtre. Toutefois, le seul élément corroborant qu'il a produit était un rapport de police qui reprenait simplement ce qu'il avait déclaré aux policiers.

[60] La SPR a noté que des éléments corroborants additionnels auraient pu être fournis, par exemple le témoignage du neveu de M. Escobar Rosa, censé avoir été témoin oculaire de l'attaque alléguée, ou encore des photos des trous de balle dans son véhicule. La SPR a également fait observer que le rapport de police ne mentionnait pas les responsables de l'attaque alléguée, même si M. Escobar Rosa avait « des idées bien arrêtées sur l'identité possible des responsables de l'attaque ». Étant donné ce qui précède, la SPR a décidé de ne pas accorder de poids au rapport de police.

[61] À la lumière des faits particuliers de l'espèce, j'estime qu'il était raisonnablement loisible à la SPR de conclure que M. Escobar Rosa n'avait pas établi que la tentative de meurtre alléguée s'était produite. À mon avis, cette conclusion appartenait bien « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47).

[62] Ayant raisonnablement tiré cette conclusion, il n'était pas déraisonnable pour la SPR de rejeter la demande de protection de M. Escobar Rosa au motif qu'il était retourné de son plein gré au Salvador à de nombreuses occasions. N'eût été la question d'équité procéd-

Mr. Escobar Rosa has raised, that finding alone would be a sufficient basis upon which to reject this application for judicial review.

*B. Did the RPD err in finding that there was no credible basis for his claims?*

[63] Mr. Escobar Rosa submits that the RPD’s finding that there was no credible basis for his claims under sections 96 and 97 of the IRPA was unreasonable. He maintains that this is so “even if it were fair to question the authenticity of the police report, or if it were reasonable to conclude that no attempt was made on his life on September 15, 2013”, both of which propositions he categorically rejects.

[64] Mr. Escobar Rosa supports his position on this point by stating that there was objective evidence to support a number of aspects of his narrative. These include the following facts:

- He was a politician with a reputation for integrity and public service who publicly denounced not only Benitez but the leadership of the FMLN and was a key person in a mass resignation from the FMLN;
- He is described in Wikileaks cables as being part of a moderate wing of the FMLN that was being purged by the hard left vanguard of the party in 2006;
- The very people that he criticized publicly have consolidated their power and influence in El Salvador, including Mr. Benitez, who remains mayor of El Divisadero.

[65] In reaching its decision, the RPD explicitly accepted Mr. Escobar Rosa’s statements that he had been a politician in El Salvador, that he had political differences with other politicians in that country and that he may have raised issues of corruption against those politicians. In this regard, the RPD observed that politicians raise these types of allegations against other politicians in many parts of the world, including Canada, and that

durale soulevée par M. Escobar Rosa, cette conclusion aurait constitué à elle seule un fondement suffisant pour rejeter la présente demande de contrôle judiciaire.

*B. La SPR a-t-elle commis une erreur en concluant à l’absence de minimum de fondement de la demande d’asile du demandeur?*

[63] M. Escobar Rosa soutient que la conclusion d’absence de minimum de fondement de sa demande d’asile au titre des articles 96 et 97 de la LIPR était déraisonnable, [TRADUCTION] « même s’il avait été légitime de remettre en question l’authenticité du rapport de police, ou même s’il avait été raisonnable de conclure qu’aucune tentative de meurtre n’avait été commise le 15 septembre 2013 », deux propositions qu’il rejette catégoriquement.

[64] M. Escobar Rosa appuie sa thèse sur ce point en déclarant que des éléments de preuve objectifs étayaient certains aspects de son récit, notamment les faits suivants :

- Il était un politicien réputé pour son intégrité et son service public qui avait publiquement dénoncé non seulement Benitez, mais aussi la direction du FMLN, et qui avait joué un rôle prépondérant dans la démission massive de membres du FMLN;
- Des câblogrammes de Wikileaks le décrivaient comme un membre de l’aile modérée du FMLN, purgée en 2006 par l’avant-garde de gauche radicale du parti;
- Ceux qu’il avait critiqués publiquement avaient renforcé leur pouvoir et leur influence au Salvador, y compris M. Benitez, qui demeurait maire d’El Divisadero.

[65] Pour arrêter sa décision, la SPR a explicitement retenu que M. Escobar Rosa avait été politicien au Salvador, qu’il avait eu des différends de nature politique avec d’autres politiciens dans ce pays et qu’il pouvait avoir signalé des problèmes de corruption mettant en cause ces politiciens. À cet égard, la SPR a fait observer que les politiciens faisaient ce type d’allégations dans de nombreuses parties du monde, y compris



this is not, in and of itself, evidence that would have supported a favourable decision on his applications under sections 96 and 97 of the IRPA. In my view, those were entirely reasonable observations.

[66] The RPD also noted that Mr. Escobar Rosa testified that he initially left El Salvador in 2006 because he was afraid Mr. Benitez wanted to kill him. A review of the transcript of the hearing before the RPD reflects that Mr. Escobar Rosa also expressed a concern that other senior members of the FMLN with whom he had difficulties might also want to kill him (certified tribunal record (CTR), at pages 4–5 and 329–330). A similar fear was stated in Mr. Escobar Rosa’s Basis of Claim (BOC) form, where he stated that he fears “not only Ruben Benitez personally but the people with whom he associates including ENEPASA and the ruling elite of the FMLN”. He identified ENEPASA [International Energy Association for El Salvador] as being an organization with ties to the Chavez regime in Venezuela.

[67] Towards the end of the hearing, the RPD identified “the evidentiary issue ... at this point” as being “whether people want to kill him because of his political views.” (CTR, at page 330).

[68] The RPD’s conclusion that there was no credible basis for Mr. Escobar Rosa’s stated fears was based on several findings. These included the following:

- He attended public places, and publicly broadcasted his presence while he was in the general jurisdiction of Mr. Benitez, when he gave an interview to a local radio station;
- Despite his testimony that he began to fear for his life at the beginning of 2006 and believed the police couldn’t help him, he chose not to leave until after June 2006, even though there was nothing preventing him from leaving;
- If the threat to his life was sufficient as to require him to want to leave the country, merely having

au Canada, et qu’il ne s’agissait pas en soi d’un élément de preuve à l’appui d’une décision favorable à l’égard de ses demandes au titre des articles 96 et 97 de la LIPR. À mon avis, ces observations étaient totalement raisonnables.

[66] La SPR a également noté que, selon son témoignage, M. Escobar Rosa avait d’abord quitté le Salvador en 2006 parce qu’il craignait que M. Benitez ne le fasse tuer. L’examen de la transcription de l’audience tenue devant la SPR révèle que M. Escobar Rosa a dit craindre également que d’autres membres haut placés du FMLN avec lesquels il avait eu des difficultés ne veuillent le tuer (dossier certifié du tribunal (DCT), aux pages 4, 5, 329 et 330). M. Escobar Rosa avait exprimé une crainte similaire dans son formulaire Fondement de la demande d’asile, dans lequel il avait déclaré qu’il craignait [TRADUCTION] « non seulement Ruben Benitez personnellement, mais aussi ceux avec qui il était associé, y compris les membres de l’ENEPASA et l’élite dirigeante du FMLN ». Il a décrit l’ENEPASA [International Energy Association for El Salvador] comme une organisation ayant des liens avec le régime Chavez au Venezuela.

[67] Vers la fin de l’audience, la SPR a indiqué que la question de preuve, à ce stade-là, consistait à savoir si des personnes voulaient tuer le demandeur en raison de ses opinions politiques (DCT, à la page 330).

[68] La SPR a conclu à l’absence de minimum de fondement des craintes alléguées de M. Escobar Rosa pour plusieurs raisons, dont les suivantes :

- Il fréquentait les lieux publics et avait annoncé publiquement sa présence alors qu’il se trouvait sur le territoire de M. Benitez, à l’occasion d’une entrevue donnée à une station de radio locale;
- Même s’il avait déclaré qu’il avait commencé à craindre pour sa vie au début de 2006, qu’il croyait que la police ne pouvait pas l’aider et que rien ne l’empêchait de partir, il avait choisi de ne pas quitter son pays avant juin 2006;
- Si la menace pour sa vie était suffisamment grave pour l’obliger à quitter le pays, le simple fait de



two guards assigned to him would not alleviate that risk in his mind, when the option of simply leaving the country was open to him;

- Despite first arriving in Canada in 2006, he did not make a refugee claim until March 2014, even though his sister, who lives in Canada, is (according to his testimony) knowledgeable about immigration matters in Canada and advised him to make his claim sooner;
- Even after having returned to Canada after an attempt allegedly was made on his life in September 2013, he did not make a claim for refugee protection for approximately six months;
- Beyond his testimony and the police report that was not given any weight, he provided no independent evidence that anyone ever threatened him, despite the fact that his nephew apparently was an eye witness to the alleged attempt on his life in September 2013 and “physical evidence in the form of pictures of bullet holes in the vehicle” would have been necessary.

[69] With respect to the latter point, Mr. Escobar Rosa attempted to adduce an affidavit from his son, to which was attached a translated statutory declaration of Mr. Escobar Rosa’s nephew corroborating that he witnessed the alleged attack on his uncle’s life. A second attachment to that affidavit was a translated copy of a police document titled “Photo Album”, identifying Mr. Escobar Rosa as the victim of the crime of attempted murder and showing three photographs of bullet impact images on the vehicle driven by his father on September 15, 2013. This evidence is not admissible in this proceeding because it was not before the RPD and goes to the merits of Mr. Escobar Rosa’s claim that the RPD’s finding of no credible basis was unreasonable.

[70] Based on my review of the RPD’s decision and the CTR, I am satisfied that it was reasonably open to the RPD to conclude that there was no credible basis for

disposer de deux gardes n’aurait pas atténué ce risque dans son esprit, alors que l’option de quitter simplement le pays s’offrait à lui;

- Il est arrivé au Canada en 2006, mais a présenté sa demande d’asile en mars 2014 seulement, même si sa sœur vivant au Canada, qui s’y connaissait en matière d’immigration au Canada (selon le témoignage du demandeur), lui avait conseillé de demander l’asile plus tôt;
- Même s’il est rentré au Canada après avoir été victime d’une tentative de meurtre alléguée en septembre 2013, il a attendu six mois avant de demander l’asile;
- À part son témoignage et le rapport de police auquel la SPR n’a pas accordé de poids, le demandeur n’a présenté aucun élément de preuve indépendant indiquant que quelqu’un l’avait déjà menacé, en dépit du fait que son neveu avait apparemment été témoin oculaire de la tentative de meurtre alléguée commise en septembre 2013, et que « [d]es photos des trous de balle sur le véhicule auraient constitué des éléments de preuve matériels » nécessaires.

[69] En ce qui concerne le dernier point, M. Escobar Rosa a tenté de produire un affidavit souscrit par son fils, auquel était jointe la traduction d’une déclaration solennelle faite par le neveu de M. Escobar Rosa, qui corroborait avoir été témoin de la tentative de meurtre alléguée contre son oncle. Était également jointe à l’affidavit la copie traduite d’un document de police intitulé [TRADUCTION] « Album photo » désignant M. Escobar Rosa en tant que victime d’une tentative de meurtre et montrant trois photographies d’impact de balle sur le véhicule que conduisait M. Escobar Rosa le 15 septembre 2013. Cet élément de preuve n’est pas admissible dans la présente instance, parce qu’il n’avait pas été présenté à la SPR et qu’il a trait au bien-fondé de l’allégation de M. Escobar Rosa selon laquelle la conclusion d’absence de minimum de fondement tirée par la SPR était déraisonnable.

[70] D’après mon examen de la décision rendue par la SPR et du DCT, j’estime qu’il était raisonnablement loisible à la SPR de conclure à l’absence de minimum

Mr. Escobar Rosa's stated fears. That decision was amply justified, transparent, intelligible and supported by the evidence before the RPD. The outcome was also well "within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law" (*Dunsmuir*, above, at paragraph 47). This is particularly so given that, in addition to providing no corroboration for his stated claims, Mr. Escobar Rosa was unable to provide evidence of similarly situated persons who had been harmed or otherwise targeted in the manner that he feared he might be treated, despite being requested to do so during the RPD's hearing (CTR, at pages 324–325, 339 and 342–343).

[71] As Justice Russell observed in disposing of Mr. Escobar Rosa's application to stay his removal from Canada, "the [RPD's decision] is clear and reasonable on the issue of reavilment. Unless the shooting incident can be established then, in my view, the reavilment finding and the no credible basis finding under s. 107(2) are unassailable." (*Escobar Rosa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, IMM-3860-14, Russell J., order dated July 16, 2014 (unreported), at paragraph 3.)

C. *Did the RPD err in questioning the authenticity of a police report regarding the alleged attempt on the applicant's life, without giving notice to him of its concerns in this regard?*

[72] Mr. Escobar Rosa submits that the RPD erred by questioning the authenticity of the police report and by failing to put him on notice that it had doubts about that report and about whether the alleged attack on his life had actually occurred.

[73] I agree with the respondent that the focus of the RPD's concern with the police report was its contents, rather than with its authenticity. This is clear from its

de fondement des craintes alléguées de M. Escobar Rosa. Cette décision était amplement justifiée, transparente, intelligible et étayée par les éléments de preuve qui avaient été présentés à la SPR. Elle appartenait aussi aux « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47). C'est particulièrement vrai étant donné que, en plus de n'avoir présenté aucun élément pour corroborer ses craintes alléguées, M. Escobar Rosa n'a pas été en mesure de fournir d'élément de preuve portant sur des personnes dans la même situation que lui à qui on aurait fait du mal ou qui auraient autrement été prises pour cible de la façon dont il craignait d'être traité, bien qu'il ait été invité à le faire pendant l'audience de la SPR (DCT, aux pages 324, 325, 339, 342 et 343).

[71] Comme le juge Russell l'a fait observer en tranchant la demande de sursis à l'exécution de la mesure de renvoi du Canada présentée par M. Escobar Rosa, [TRADUCTION] « la décision de la SPR est claire et raisonnable sur la question de savoir si le demandeur s'était réclamé à nouveau de la protection de son pays. À moins que l'incident des coups de feu ne puisse être établi, à mon avis, la conclusion selon laquelle le demandeur s'est réclamé à nouveau de la protection de son pays et la conclusion d'absence de minimum de fondement aux termes du paragraphe 107(2) sont inattaquables » (*Escobar Rosa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, IMM-3860-14, le juge Russell, ordonnance en date du 16 juillet 2014 (non publiée), au paragraphe 3).

C. *La SPR a-t-elle commis une erreur en remettant en question l'authenticité d'un rapport de police sur l'attentat allégué dont le demandeur avait été victime, sans l'aviser des doutes qu'elle avait à cet égard?*

[72] M. Escobar Rosa soutient que la SPR a commis une erreur en remettant en question l'authenticité du rapport de police et en omettant de l'aviser qu'elle avait des doutes sur le rapport et sur le fait que la tentative de meurtre alléguée s'était vraiment produite.

[73] Je suis d'accord avec le défendeur pour dire que c'était le contenu du rapport de police qui préoccupait la SPR, plutôt que son authenticité. La SPR l'a clairement

observation that the police report was “based on statements that you allegedly made to the police” and did not contain any mention of “who likely was responsible for the attack”, because he had chosen not to divulge that information to the police. Given all of the reasonable credibility concerns that the RPD identified regarding Mr. Escobar Rosa’s testimony, it was reasonably open to the RPD to decline to give the police report any weight.

[74] As to the issue of notice, it is readily apparent from the transcript of the RPD’s proceeding that Mr. Escobar Rosa had ample notice of the RPD’s concerns about the police report and the alleged attack on his life.

[75] At the outset of the hearing, the RPD identified the issues central to Mr. Escobar Rosa’s claim as being “credibility, subjective fear, particularly a delay in leaving, delay in claiming and re-availment, and the objective basis for the alleged fear” (CTR, at page 305).

[76] The RPD then invited him to explain why he had not provided a statement from his nephew or photographs of bullet holes in his car, to corroborate his allegations regarding the attempt on his life in September 2013 (CTR, at pages 322–323). It also asked him why he didn’t mention to the police that he had an idea as to who might have been responsible for the attack (CTR, at page 323). It was reasonably open to the RPD to reject Mr. Escobar Rosa’s explanation that he did not consider that such corroboration would be necessary, because he had provided a copy of the police report.

[77] In his submissions at the end of the RPD hearing, Mr. Escobar Rosa’s counsel explicitly addressed the issue of whether the attack on his life in fact happened (CTR, at pages 341 and 344). In so doing, he demonstrated that he understood that the issue of whether the attempt on Mr. Escobar Rosa’s life ever happened had been squarely raised. He then proceeded to address the

exprimé lorsqu’elle a fait observer au demandeur que le rapport de police était « fondé sur les déclarations qu’il aurait] faites à la police » et ne mentionnait pas « l’identité possible des responsables de l’attaque », parce qu’il avait choisi de ne pas divulguer cette information à la police. Étant donné tous les doutes raisonnables que la SPR avait soulevés quant à la crédibilité du témoignage de M. Escobar Rosa, il était raisonnablement loisible à la SPR de refuser d’accorder un poids quelconque au rapport de police.

[74] Pour ce qui est de l’avis, il ressort nettement de la transcription de l’audience devant la SPR que M. Escobar Rosa a été amplement informé des doutes que la SPR avait à propos du rapport de police et de la tentative de meurtre alléguée.

[75] Au début de l’audience, la SPR a indiqué que les questions déterminantes de la demande d’asile de M. Escobar Rosa étaient la crédibilité, la crainte subjective, et surtout le fait qu’il avait attendu avant de quitter le pays et de demander l’asile, la question de savoir s’il s’était réclamé à nouveau de la protection de son pays et le fondement objectif de sa crainte (DCT, à la page 305).

[76] La SPR a ensuite invité M. Escobar Rosa à expliquer pourquoi il n’avait pas produit de déclaration de son neveu ni de photographies des trous de balle dans son véhicule pour corroborer ses allégations concernant la tentative de meurtre dont il avait été victime en septembre 2013 (DCT, aux pages 322 et 323). La SPR lui a aussi demandé pourquoi il n’avait pas mentionné à la police qu’il avait une idée de l’identité possible des responsables de l’attaque (DCT, à la page 323.) Il était raisonnablement loisible à la SPR de rejeter l’explication donnée par M. Escobar Rosa, à savoir qu’il ne croyait pas que ces éléments de corroboration étaient nécessaires parce qu’il avait fourni une copie du rapport de police.

[77] Dans les observations qu’il a présentées à la fin de l’audience devant la SPR, le conseil de M. Escobar Rosa a explicitement abordé la question de savoir si la tentative de meurtre s’était vraiment produite (DCT, aux pages 341 et 344). Ce faisant, il a démontré qu’il comprenait que cette question avait été expressément soulevée. Le conseil s’est ensuite penché sur les autres problèmes

other credibility issues that had been raised (for example, [CTR] at pages 341, 345 and 347).

[78] Based on the foregoing, and contrary to Mr. Escobar Rosa's assertions, I am satisfied that the RPD did not err by failing to give notice to Mr. Escobar Rosa regarding the authenticity of the police report concerning the attack on his life that allegedly occurred in September 2013. As I have explained above, the focus of the RPD's concerns was on the contents of the police report, and ample notice of those concerns was provided to Mr. Escobar Rosa during the RPD's hearing. He then had every opportunity to address those concerns.

D. *Did the RPD err in concluding that an attempt had not been made on the applicant's life?*

[79] This alleged error has been addressed in Part V.A of these reasons above.

E. *Did the RPD err in finding implausible the applicant's allegation that another politician in El Salvador wanted to kill him?*

[80] Given the conclusions that I have reached above, it is not necessary to address this issue.

## VI. Conclusion

[81] For the reasons set forth above, this application is not moot, but will nonetheless be dismissed.

[82] At the end of the hearing before me, the respondent requested that I certify the following question:

Is an application for judicial review of a Refugee Protection Division decision moot where the individual who is the subject of the decision has been removed from or has left Canada, and, if yes, should the Court normally refused to exercise its discretion to hear it?

de crédibilité qui avaient été soulevés (par exemple [DTC], aux pages 341, 345 et 347).

[78] D'après ce qui précède, et contrairement à ce qu'affirme M. Escobar Rosa, je conclus que la SPR n'a pas commis d'erreur en omettant d'aviser M. Escobar Rosa de ses doutes concernant l'authenticité du rapport de police sur la tentative de meurtre qui aurait eu lieu en septembre 2013. Comme je l'ai expliqué ci-dessus, les doutes de la SPR portaient sur le contenu du rapport de police, et la SPR en a amplement avisé M. Escobar Rosa durant l'audience. Il avait alors tout le loisir de dissiper ces doutes.

D. *La SPR a-t-elle commis une erreur en concluant que le demandeur n'avait pas été victime d'une tentative de meurtre?*

[79] Cette erreur alléguée a été examinée à la partie V.A des présents motifs.

E. *La SPR a-t-elle commis une erreur en jugeant invraisemblable l'allégation du demandeur selon laquelle un autre politicien au Salvador voulait le tuer?*

[80] Étant donné les conclusions que j'ai tirées précédemment, je n'ai pas besoin d'examiner cette question.

## VI. Conclusion

[81] Pour les motifs exposés ci-dessus, la demande n'est pas théorique, mais sera néanmoins rejetée.

[82] À la fin de l'audience, le défendeur m'a demandé de certifier la question suivante :

La demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Section de la protection des réfugiés est-elle théorique quand la personne visée par la décision a été renvoyée du Canada ou l'a quitté, et, dans l'affirmative, la Cour devrait-elle normalement refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre la demande?

[83] Counsel for Mr. Escobar Rosa replied that this is not a serious question, because the matter has been decided by *Freitas*, above.

[84] I prefer to take the position that the respondent's proposed question should not be certified because it would not be dispositive of the appeal. This is because if the F.C.A. were to agree with my finding that this application is not moot, it would then have to address the arguments that have been raised with respect to the substance of the RPD's decision.

[85] I am satisfied that no other question for certification arises on the particular facts of this case.

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. This application is dismissed.
2. There is no question for certification.

#### APPENDIX 1

##### Legislation

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

#### 3...

Objectives — refugees (2) The objectives of this Act with respect to refugees are

(a) to recognize that the refugee program is in the first instance about saving lives and offering protection to the displaced and persecuted;

(b) to fulfil Canada's international legal obligations with respect to refugees and affirm Canada's commitment to international efforts to provide assistance to those in need of resettlement;

[83] L'avocat de M. Escobar Rosa a répliqué qu'il ne s'agissait pas d'une question grave, parce qu'elle avait déjà été tranchée dans la décision *Freitas*, précitée.

[84] Je préfère considérer que la question proposée par le défendeur ne doit pas être certifiée parce qu'elle ne permettrait pas de trancher l'appel. En effet, si la C.A.F. devait confirmer ma conclusion selon laquelle la demande n'est pas théorique, elle devrait alors examiner les arguments qui ont été soulevés quant au fond de la décision de la SPR.

[85] Je conclus que les faits particuliers de l'espèce ne soulèvent aucune autre question à certifier.

#### JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. La présente demande est rejetée.
2. Il n'y a pas de question à certifier.

#### ANNEXE 1

##### Dispositions législatives

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

#### 3. [...]

(2) S'agissant des réfugiés, la présente loi a pour objet : Objet relatif aux réfugiés

a) de reconnaître que le programme pour les réfugiés vise avant tout à sauver des vies et à protéger les personnes de la persécution;

b) de remplir les obligations en droit international du Canada relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées et d'affirmer la volonté du Canada de participer aux efforts de la communauté internationale pour venir en aide aux personnes qui doivent se réinstaller;

	<p>(c) to grant, as a fundamental expression of Canada's humanitarian ideals, fair consideration to those who come to Canada claiming persecution;</p> <p>(d) to offer safe haven to persons with a well-founded fear of persecution based on race, religion, nationality, political opinion or membership in a particular social group, as well as those at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment;</p> <p>(e) to establish fair and efficient procedures that will maintain the integrity of the Canadian refugee protection system, while upholding Canada's respect for the human rights and fundamental freedoms of all human beings;</p> <p>(f) to support the self-sufficiency and the social and economic well-being of refugees by facilitating reunification with their family members in Canada;</p> <p>(g) to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society; and</p> <p>(h) to promote international justice and security by denying access to Canadian territory to persons, including refugee claimants, who are security risks or serious criminals.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>c) de faire bénéficier ceux qui fuient la persécution d'une procédure équitable reflétant les idéaux humanitaires du Canada;</p> <p>d) d'offrir l'asile à ceux qui craignent avec raison d'être persécutés du fait de leur race, leur religion, leur nationalité, leurs opinions politiques, leur appartenance à un groupe social en particulier, ainsi qu'à ceux qui risquent la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités;</p> <p>e) de mettre en place une procédure équitable et efficace qui soit respectueuse, d'une part, de l'intégrité du processus canadien d'asile et, d'autre part, des droits et des libertés fondamentales reconnus à tout être humain;</p> <p>f) d'encourager l'autonomie et le bien-être socioéconomique des réfugiés en facilitant la réunification de leurs familles au Canada;</p> <p>g) de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;</p> <p>h) de promouvoir, à l'échelle internationale, la sécurité et la justice par l'interdiction du territoire aux personnes et demandeurs d'asile qui sont de grands criminels ou constituent un danger pour la sécurité.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	
Enforceable removal order	<b>48.</b> (1) A removal order is enforceable if it has come into force and is not stayed.	<b>48.</b> (1) La mesure de renvoi est exécutoire depuis sa prise d'effet dès lors qu'elle ne fait pas l'objet d'un sursis.	Mesure de renvoi
Effect	(2) If a removal order is enforceable, the foreign national against whom it was made must leave Canada immediately and the order must be enforced as soon as possible.	(2) L'étranger visé par la mesure de renvoi exécutoire doit immédiatement quitter le territoire du Canada, la mesure devant être exécutée dès que possible.	Conséquence
In force	<b>49.</b> (1) A removal order comes into force on the latest of the following dates:  (a) the day the removal order is made, if there is no right to appeal;  (b) the day the appeal period expires, if there is a right to appeal and no appeal is made; and	<b>49.</b> (1) La mesure de renvoi non susceptible d'appel prend effet immédiatement; celle susceptible d'appel prend effet à l'expiration du délai d'appel, s'il n'est pas formé, ou quand est rendue la décision qui a pour résultat le maintien définitif de la mesure.	Prise d'effet



	(c) the day of the final determination of the appeal, if an appeal is made.		
In force — claimants	(2) Despite subsection (1), a removal order made with respect to a refugee protection claimant is conditional and comes into force on the latest of the following dates:	(2) Toutefois, celle visant le demandeur d'asile est conditionnelle et prend effet :	Cas du demandeur d'asile
	(a) the day the claim is determined to be ineligible only under paragraph 101(1)(e);	a) sur constat d'irrecevabilité au seul titre de l'alinéa 101(1)e);	
	(b) in a case other than that set out in paragraph (a), seven days after the claim is determined to be ineligible;	b) sept jours après le constat, dans les autres cas d'irrecevabilité prévus au paragraphe 101(1);	
	(c) if the claim is rejected by the Refugee Protection Division, on the expiry of the time limit referred to in subsection 110(2.1) or, if an appeal is made, 15 days after notification by the Refugee Appeal Division that the claim is rejected;	c) en cas de rejet de sa demande par la Section de la protection des réfugiés, à l'expiration du délai visé au paragraphe 110(2.1) ou, en cas d'appel, quinze jours après la notification du rejet de sa demande par la Section d'appel des réfugiés;	
	(d) 15 days after notification that the claim is declared withdrawn or abandoned; and	d) quinze jours après la notification de la décision prononçant le désistement ou le retrait de sa demande;	
	(e) 15 days after proceedings are terminated as a result of notice under paragraph 104(1)(c) or (d).	e) quinze jours après le classement de l'affaire au titre de l'avis visé aux alinéas 104(1)c) ou d).	
	...	[...]	
Convention refugee	<b>96.</b> 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,	<b>96.</b> A qualité de réfugié au sens de la Convention — le réfugié — la personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques :	Définition de « réfugié »
	(a) is outside each of their countries of nationality and is unable or, by reason of that fear, unwilling to avail themselves of the protection of each of those countries; or	a) soit se trouve hors de tout pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de chacun de ces pays;	
	(b) not having a country of nationality, is outside the country of their former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, unwilling to return to that country.	b) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ni, du fait de cette crainte, ne veut y retourner.	
Person in need of protection	<b>97.</b> (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	<b>97.</b> (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 :	Personne à protéger

	(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; 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) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if	b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant :	
	(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,	(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,	
	(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,	(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) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and	(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) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.	(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.	
	...	[...]	
Claim	<b>99.</b> (1) A claim for refugee protection may be made in or outside Canada.	<b>99.</b> (1) La demande d'asile peut être faite à l'étranger ou au Canada.	Demande
Claim outside Canada	(2) A claim for refugee protection made by a person outside Canada must be made by making an application for a visa as a Convention refugee or a person in similar circumstances, and is governed by Part 1.	(2) Celle de la personne se trouvant hors du Canada se fait par une demande de visa comme réfugié ou de personne en situation semblable et est régie par la partie 1.	Demande faite à l'étranger
Claim inside Canada	(3) A claim for refugee protection made by a person inside Canada must be made to an officer, may not be made by a person who is subject to a removal order, and is governed by this Part.	(3) Celle de la personne se trouvant au Canada se fait à l'agent et est régie par la présente partie; toutefois la personne visée par une mesure de renvoi n'est pas admise à la faire.	Demande faite au Canada
Claim made inside Canada — not at port of entry	(3.1) A person who makes a claim for refugee protection inside Canada other than at a port of entry must provide the officer, within the time limits provided for in the regulations, with the documents and information — including in respect of the basis for the claim — required by the rules of the Board, in accordance with those rules.	(3.1) La personne se trouvant au Canada et qui demande l'asile ailleurs qu'à un point d'entrée est tenue de fournir à l'agent, dans les délais prévus par règlement et conformément aux règles de la Commission, les renseignements et documents — y compris ceux qui sont relatifs au fondement de la demande — exigés par ces règles.	Demande faite au Canada ailleurs qu'à un point d'entrée

Permanent resident	(4) An application to become a permanent resident made by a protected person is governed by Part 1.	(4) La demande de résidence permanente faite au Canada par une personne protégée est régie par la partie 1.	Résident permanent
	...	[...]	
Referral to Refugee Protection Division	<b>100.</b> (1) An officer shall, within three working days after receipt of a claim referred to in subsection 99(3), determine whether the claim is eligible to be referred to the Refugee Protection Division and, if it is eligible, shall refer the claim in accordance with the rules of the Board.	<b>100.</b> (1) Dans les trois jours ouvrables suivant la réception de la demande, l'agent statue sur sa recevabilité et défère, conformément aux règles de la Commission, celle jugée recevable à la Section de la protection des réfugiés.	Examen de la recevabilité
Burden of proof	(1.1) The burden of proving that a claim is eligible to be referred to the Refugee Protection Division rests on the claimant, who must answer truthfully all questions put to them.	(1.1) La preuve de la recevabilité incombe au demandeur, qui doit répondre véridiquement aux questions qui lui sont posées.	Charge de la preuve
Decision	(2) The officer shall suspend consideration of the eligibility of the person's claim if  (a) a report has been referred for a determination, at an admissibility hearing, of whether the person is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality; or  (b) the officer considers it necessary to wait for a decision of a court with respect to a claimant who is charged with an offence under an Act of Parliament that is punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years.	(2) L'agent sursoit à l'étude de la recevabilité dans les cas suivants :  a) le cas a déjà été déferé à la Section de l'immigration pour constat d'interdiction de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée;  b) il l'estime nécessaire, afin qu'il soit statué sur une accusation pour infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans.	Sursis pour décision
Consideration of claim	(3) The Refugee Protection Division may not consider a claim until it is referred by the officer. If the claim is not referred within the three-day period referred to in subsection (1), it is deemed to be referred, unless there is a suspension or it is determined to be ineligible.	(3) La saisine de la section survient sur déferé de la demande; sauf sursis ou constat d'irrecevabilité, elle est réputée survenue à l'expiration des trois jours.	Saisine
Documents and information to be provided	(4) A person who makes a claim for refugee protection inside Canada at a port of entry and whose claim is referred to the Refugee Protection Division must provide the Division, within the time limits provided for in the regulations, with the documents and information — including in respect of the basis for the claim — required by the rules of the Board, in accordance with those rules.	(4) La personne se trouvant au Canada, qui demande l'asile à un point d'entrée et dont la demande est déferée à la Section de la protection des réfugiés est tenue de lui fournir, dans les délais prévus par règlement et conformément aux règles de la Commission, les renseignements et documents — y compris ceux qui sont relatifs au fondement de la demande — exigés par ces règles.	Renseignements et documents à fournir

Date of hearing	(4.1) The referring officer must, in accordance with the regulations, the rules of the Board and any directions of the Chairperson of the Board, fix the date on which the claimant is to attend a hearing before the Refugee Protection Division.	(4.1) L'agent qui défère la demande d'asile fixe, conformément aux règlements, aux règles de la Commission et à toutes directives de son président, la date de l'audition du cas du demandeur par la Section de la protection des réfugiés.	Date de l'audition
<i>Quarantine Act</i>	(5) If a traveller is detained or isolated under the <i>Quarantine Act</i> , the period referred to in subsections (1) and (3) does not begin to run until the day on which the detention or isolation ends.	(5) Le délai prévu aux paragraphes (1) et (3) ne court pas durant une période d'isolement ou de détention ordonnée en application de la <i>Loi sur la mise en quarantaine</i> .	<i>Loi sur la mise en quarantaine</i>
	...	[...]	
Decision	<b>107.</b> (1) The Refugee Protection Division shall accept a claim for refugee protection if it determines that the claimant is a Convention refugee or person in need of protection, and shall otherwise reject the claim.	<b>107.</b> (1) La Section de la protection des réfugiés accepte ou rejette la demande d'asile selon que le demandeur a ou non la qualité de réfugié ou de personne à protéger.	Décision
No credible basis	(2) If the Refugee Protection Division is of the opinion, in rejecting a claim, that there was no credible or trustworthy evidence on which it could have made a favourable decision, it shall state in its reasons for the decision that there is no credible basis for the claim.	(2) Si elle estime, en cas de rejet, qu'il n'a été présenté aucun élément de preuve crédible ou digne de foi sur lequel elle aurait pu fonder une décision favorable, la section doit faire état dans sa décision de l'absence de minimum de fondement de la demande.	Preuve
	...	[...]	
Rejection	<b>108.</b> (1) A claim for refugee protection shall be rejected, and a person is not a Convention refugee or a person in need of protection, in any of the following circumstances:	<b>108.</b> (1) Est rejetée la demande d'asile et le demandeur n'a pas qualité de réfugié ou de personne à protéger dans tel des cas suivants :	Rejet
	(a) the person has voluntarily reavailed themselves of the protection of their country of nationality;	a) il se réclame de nouveau et volontairement de la protection du pays dont il a la nationalité;	
	(b) the person has voluntarily reacquired their nationality;	b) il recouvre volontairement sa nationalité;	
	(c) the person has acquired a new nationality and enjoys the protection of the country of that new nationality;	c) il acquiert une nouvelle nationalité et jouit de la protection du pays de sa nouvelle nationalité;	
	(d) the person has voluntarily become re-established in the country that the person left or remained outside of and in respect of which the person claimed refugee protection in Canada; or	d) il retourne volontairement s'établir dans le pays qu'il a quitté ou hors duquel il est demeuré et en raison duquel il a demandé l'asile au Canada;	
	(e) the reasons for which the person sought refugee protection have ceased to exist.	e) les raisons qui lui ont fait demander l'asile n'existent plus.	
	...	[...]	

<b>110...</b>	<b>110...</b>	<b>110...</b>
Restriction on appeals	(2) No appeal may be made in respect of any of the following:	Restriction
<p>(a) a decision of the Refugee Protection Division allowing or rejecting the claim for refugee protection of a designated foreign national;</p> <p>(b) a determination that a refugee protection claim has been withdrawn or abandoned;</p> <p>(c) a decision of the Refugee Protection Division rejecting a claim for refugee protection that states that the claim has no credible basis or is manifestly unfounded;</p> <p>(d) subject to the regulations, a decision of the Refugee Protection Division in respect of a claim for refugee protection if</p> <p style="padding-left: 2em;">(i) the foreign national who makes the claim came directly or indirectly to Canada from a country that is, on the day on which their claim is made, designated by regulations made under subsection 102(1) and that is a party to an agreement referred to in paragraph 102(2)(d), and</p> <p style="padding-left: 2em;">(ii) the claim — by virtue of regulations made under paragraph 102(1)(c) — is not ineligible under paragraph 101(1)(e) to be referred to the Refugee Protection Division;</p> <p>(d.1) a decision of the Refugee Protection Division allowing or rejecting a claim for refugee protection made by a foreign national who is a national of a country that was, on the day on which the decision was made, a country designated under subsection 109.1(1);</p> <p>(e) a decision of the Refugee Protection Division allowing or rejecting an application by the Minister for a determination that refugee protection has ceased;</p> <p>(f) a decision of the Refugee Protection Division allowing or rejecting an application by the Minister to vacate a decision to allow a claim for refugee protection.</p>	<p>(2) Ne sont pas susceptibles d'appel :</p> <p>a) la décision de la Section de la protection des réfugiés accordant ou rejetant la demande d'asile d'un étranger désigné;</p> <p>b) le prononcé de désistement ou de retrait de la demande d'asile;</p> <p>c) la décision de la Section de la protection des réfugiés rejetant la demande d'asile en faisant état de l'absence de minimum de fondement de la demande d'asile ou du fait que celle-ci est manifestement infondée;</p> <p>d) sous réserve des règlements, la décision de la Section de la protection des réfugiés ayant trait à la demande d'asile qui, à la fois :</p> <p style="padding-left: 2em;">(i) est faite par un étranger arrivé, directement ou indirectement, d'un pays qui est — au moment de la demande — désigné par règlement pris en vertu du paragraphe 102(1) et partie à un accord visé à l'alinéa 102(2)d),</p> <p style="padding-left: 2em;">(ii) n'est pas irrecevable au titre de l'alinéa 101(1)e) par application des règlements pris au titre de l'alinéa 102(1)c);</p> <p>d.1) la décision de la Section de la protection des réfugiés accordant ou rejetant la demande d'asile du ressortissant d'un pays qui faisait l'objet de la désignation visée au paragraphe 109.1(1) à la date de la décision;</p> <p>e) la décision de la Section de la protection des réfugiés accordant ou rejetant la demande du ministre visant la perte de l'asile;</p> <p>f) la décision de la Section de la protection des réfugiés accordant ou rejetant la demande du ministre visant l'annulation d'une décision ayant accueilli la demande d'asile.</p>	

Making of  
appeal

(2.1) The appeal must be filed and perfected within the time limits set out in the regulations.

(2.1) L'appel doit être interjeté et mis en état dans les délais prévus par les règlements.

Formation de  
l'appel

...

[...]

Application  
for  
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).

112. (1) La personne se trouvant au Canada et qui n'est pas visée au paragraphe 115(1) peut, conformément aux règlements, demander 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).

Demande de  
protection



T-1703-13  
2014 FC 1243

T-1703-13  
2014 CF 1243

**Pfizer Canada Inc.** (*Applicant*)

**Pfizer Canada Inc.** (*demanderesse*)

v.

c.

**The Minister of Health, the Attorney General of Canada and Teva Canada Limited** (*Respondents*)

**Le ministre de la Santé, le procureur général du Canada et Teva Canada Limited** (*défendeurs*)

**INDEXED AS: PFIZER CANADA INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : PFIZER CANADA INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court, Gleason J.—Ottawa, June 12 and December 19, 2014.

Cour fédérale, juge Gleason—Ottawa, 12 juin et 19 décembre 2014.

*Patents — Judicial review seeking to set aside decision of respondent Minister of Health (Minister) awarding early notice of compliance (NOC) to respondent Teva Canada Limited (Teva) for pharmaceutical, bioequivalent of drug applicant holding patent rights for pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (PMNOC Regulations), ss. 3, 4 — Amendments to Guidance Document, Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations allowing Minister to issue early NOC if company licensed to sell drug by another company that has previously complied with PMNOC Regulations, s. 5 — Applicant selling exemestane under brand name AROMASIN, Patent No. 2409059 ('059 patent) — Teva filing administrative abbreviated new drug submission (ANDS) based on licensing agreement with generic company — NOC issued to Teva showing AROMASIN as Canadian reference product — Applicant submitting, inter alia, that Minister prohibited from issuing NOC to Teva under PMNOC Regulations, arguing that clear wording of regulations, authorities supporting its position as Teva made comparison to AROMASIN in submission, falling within scope of PMNOC Regulations, s. 5(1) — Whether Minister correctly interpreting PMNOC Regulations — Governor in Council not intending that Health Canada officials be the ones to determine question at issue herein — Minister having no discretion under PMNOC Regulations to issue NOC until criteria in PMNOC Regulations, s. 7 met — Ultimate determination of whether NOC should be issued under PMNOC Regulations left to Court — Minister incorrect in issuing NOC to Teva — Clear that Teva's NOC based on direct comparison of its drug to AROMASIN or on indirect comparison of its drug to AROMASIN by piggy-backing on generic company's comparison — Such comparisons engaging PMNOC Regulations, s. 5(1) — Minister could not issue NOC until Teva addressed '059 patent pursuant to PMNOC Regulations, s. 7 — Application allowed.*

*Brevets — Demande de contrôle judiciaire visant à infirmer la décision du défendeur le ministre de la Santé (le ministre) d'accorder un avis de conformité (AC) anticipé à la défenderesse Teva Canada Limited (Teva) relativement à un médicament qui est la version pharmaceutique et bioéquivalente d'un médicament que fabrique la demanderesse et pour lequel celle-ci détient des droits de brevet en vertu des art. 3 et 4 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (le Règlement sur les MBAC) — Les modifications apportées à la Ligne directrice : Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) autorisent le ministre à délivrer des AC anticipés à la condition que la société en question ait été autorisée à vendre ce médicament par une autre société qui s'est déjà conformée à l'art. 5 du Règlement sur les MBAC — La demanderesse vend de l'exémestane sous le nom de marque AROMASIN, sous le numéro de brevet 2409059 (le brevet '059) — Teva a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) administrative en se fondant sur un contrat de licence conclu avec un fabricant de médicaments génériques — L'AC délivré à Teva indique que l'AROMASIN est le produit de référence canadien — La demanderesse a soutenu, entre autres, qu'il était interdit au ministre de délivrer l'AC à Teva en vertu du Règlement sur les MBAC, faisant valoir que le libellé clair de ce dernier et la jurisprudence étayaient sa position, car Teva avait fait une comparaison avec l'AROMASIN dans sa présentation, ce qui la faisait tomber sous le coup de l'art. 5(1) du Règlement sur les MBAC — Il s'agissait de déterminer si le ministre a interprété correctement le Règlement sur les MBAC — Le gouverneur en conseil n'envisageait pas que la détermination de cette question soit laissée au soin de fonctionnaires de Santé Canada en l'espèce — Le Règlement sur les MBAC ne confère pas au ministre le pouvoir discrétionnaire de délivrer un AC avant que l'on satisfasse aux critères énoncés à l'art. 7 du Règlement sur les MBAC — Il revient à la Cour fédérale de déterminer en fin de compte s'il y a lieu de délivrer un AC sous le régime du Règlement sur les MBAC — Le ministre a commis*

*Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Judicial review seeking to set aside decision of respondent Minister of Health (Minister) awarding early notice of compliance (NOC) to respondent Teva Canada Limited (Teva) for pharmaceutical, bioequivalent of drug that applicant producing, holding patent rights for pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (PMNOC Regulations), ss. 3, 4 — Amendments to Guidance Document, Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations allowing Minister to issue early NOC if company licensed to sell drug by another company that has previously complied with PMNOC Regulations, s. 5 — Applicant selling exemestane under brand name AROMASIN — Teva filing administrative abbreviated new drug submission (ANDS) based on licensing agreement with generic company — NOC issued to Teva showing AROMASIN as Canadian reference product — Whether correctness or reasonableness standard applying to Minister's decision awarding NOC to Teva — Correctness standard applicable to Minister's decision, interpretation of PMNOC Regulations despite recent Supreme Court of Canada (S.C.C.) case law mandating greater degree of deference by reviewing courts — Minister or Health Canada officials not to be afforded deference in interpreting PMNOC Regulations — S.C.C. decision in Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General) (CN) not to be read so broadly as establishing fixed rule limiting ways to rebut presumption of reasonableness — S.C.C. confirming need for contextual analysis in appropriate cases — CN not deciding no longer any place for contextual analysis in standard of review case — Governor in Council not intending that Health Canada officials be the ones to determine question at issue herein — Presumption of applicability of reasonableness standard of review therefore rebutted, correctness standard applicable to review of Health Canada's decision to issue NOC.*

*une erreur en délivrant l'AC à Teva — Il était évident que Teva sollicitait un AC en se fondant sur une comparaison directe de son produit avec l'AROMASIN ou sur une comparaison indirecte de son médicament avec l'AROMASIN en se greffant à la comparaison du fabricant de médicaments génériques — De telles comparaisons mettent en cause l'art. 5(1) du Règlement sur les MBAC — Aux termes de l'art. 7 du Règlement sur les MBAC, le ministre ne pouvait pas délivrer à Teva un AC avant qu'elle ne traite du brevet '059 — Demande accueillie.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Demande de contrôle judiciaire visant à infirmer la décision du défendeur le ministre de la Santé (le ministre) d'accorder un avis de conformité (AC) anticipé à la défenderesse Teva Canada Limited (Teva) relativement à un médicament qui est la version pharmaceutique et bioéquivalente d'un médicament que fabrique la demanderesse et pour lequel celle-ci détient des droits de brevet en vertu des art. 3 et 4 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (le Règlement sur les MBAC) — Les modifications apportées à la Ligne directrice : Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) autorisent le ministre à délivrer des AC anticipés à la condition que la société en question ait été autorisée à vendre ce médicament par une autre société qui s'est déjà conformée à l'art. 5 du Règlement sur les MBAC — La demanderesse vend de l'exémestane sous le nom de marque AROMASIN — Teva a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) administrative en se fondant sur un contrat de licence conclu avec un fabricant de médicaments génériques — L'AC délivré à Teva indique que l'AROMASIN est le produit de référence canadien — Il s'agissait de déterminer s'il convient d'appliquer la norme de la décision correcte ou celle de la raisonabilité au contrôle judiciaire de la décision prise par le ministre d'accorder un AC à Teva — La norme de la décision correcte s'appliquait à la décision du ministre et à l'interprétation du Règlement sur les MBAC malgré la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada (C.S.C.), qui oblige les cours de révision à faire preuve de plus de déférence — L'interprétation du Règlement sur les MBAC n'est pas une question pour laquelle il y a lieu de faire preuve de déférence envers le ministre ou les fonctionnaires de Santé Canada — La décision rendue par la C.S.C. dans l'arrêt Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général) (CN) ne doit pas être interprétée de manière large au point d'établir une règle fixe limitant la possibilité de réfuter la présomption de raisonabilité — La C.S.C. a confirmé qu'il était nécessaire d'effectuer une analyse contextuelle dans les cas appropriés — On ne peut pas considérer que l'arrêt CN décide qu'il n'y a plus lieu d'effectuer une telle analyse dans une affaire mettant en cause la norme de contrôle applicable — Le gouverneur en conseil n'envisageait pas que la détermination de cette question soit laissée au soin de fonctionnaires de Santé Canada — La présomption d'applicabilité de la norme de la raisonabilité a donc été réfutée en l'espèce et la norme de la décision correcte a été appliquée au*

This was an application for judicial review seeking to set aside the decision of the respondent Minister of Health (Minister) awarding an early notice of compliance (NOC) to the respondent Teva Canada Limited (Teva) for a drug that is the pharmaceutical and bioequivalent of a drug that the applicant produces and holds patent rights for under a patent listed on the patent register established under sections 3 and 4 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (the PMNOC Regulations).

The Minister issued the NOC pursuant to amendments to its Guidance Document, *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (Guidance Document). These amendments purport to allow the Minister to issue early NOCs to companies who market a generic version of a drug listed on the patent register, without being required to serve a notice of allegation (NOA) on the patent holder under section 5 of the PMNOC Regulations, if the company has been licensed to sell the drug by another company that has previously complied with section 5 of the PMNOC Regulations.

The applicant sells exemestane, a breast cancer drug, under the brand name AROMASIN, listed as Patent No. 2409059 ('059 patent). The applicant received an NOA from Generic Medical Partners Inc. (GMP), a generic company, with respect to the '059 patent. The applicant did not commence a prohibition application against GMP. Teva filed an administrative abbreviated new drug submission (ANDS) with Health Canada, based on a licensing agreement with GMP, and Health Canada determined the Canadian reference product for Teva's NOC was AROMASIN. The NOC issued to Teva also showed AROMASIN as the Canadian reference product.

The applicant submitted, *inter alia*, that the Minister was prohibited from issuing the NOC to Teva under the PMNOC Regulations, arguing that both the clear wording of the regulations and the decided authorities supported its position as Teva made a comparison to AROMASIN in its submission, thereby falling within the scope of subsection 5(1) of the PMNOC Regulations; and that in reviewing the Minister's decision to issue the NOCs, the Court should apply the correctness standard of review.

The main issues were whether the correctness or reasonableness standard applied to the review of the Minister's decision to award an NOC to Teva, and whether the Minister,

*contrôle de la décision qu'a prise Santé Canada de délivrer un AC.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant à infirmer la décision du défendeur le ministre de la Santé (le ministre) d'accorder un avis de conformité (AC) anticipé à la défenderesse Teva Canada Limited (Teva) relativement à un médicament qui est la version pharmaceutique et bioéquivalente d'un médicament que fabrique la demanderesse et pour lequel celle-ci détient des droits de brevet en vertu d'un brevet inscrit au registre des brevets établi en vertu des articles 3 et 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement sur les MBAC).

Le ministre de la Santé a délivré l'AC conformément à des modifications apportées à son document d'orientation intitulé Ligne directrice : *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (la Ligne directrice). Ces modifications ont pour objet d'autoriser le ministre à délivrer des AC anticipés à des sociétés qui commercialisent une version générique d'un médicament inscrit au registre des brevets, et ce, sans être tenues de signifier un avis d'allégation (AA) au détenteur du brevet comme l'exige l'article 5 du Règlement sur les MBAC, à la condition que la société en question ait été autorisée à vendre ce médicament par une autre société qui s'est déjà conformée à l'article 5 du Règlement sur les MBAC.

La demanderesse vend de l'exemestane, un médicament contre le cancer du sein, sous le nom de marque AROMASIN, inscrit sous le numéro de brevet 2409059 (le brevet '059). La demanderesse a reçu un AA de Generic Medical Partners Inc. (GMP), un fabricant de médicaments génériques, concernant le brevet '059. Elle n'a pas déposé de demande d'interdiction contre GMP. Teva a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) administrative auprès de Santé Canada, en se fondant sur un contrat de licence conclu avec GMP, et Santé Canada a conclu que le produit de référence canadien pour ce qui était de l'AC de Teva était l'AROMASIN. L'AC délivré à Teva indique aussi que l'AROMASIN est le produit de référence canadien.

La demanderesse a soutenu, entre autres, qu'il était interdit au ministre de la Santé de délivrer l'AC à Teva en vertu du Règlement sur les MBAC, faisant valoir que le libellé clair de ce dernier et la jurisprudence étayaient sa position, car Teva avait fait une comparaison avec l'AROMASIN dans sa présentation, ce qui la faisait tomber sous le coup du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC. Elle a également soutenu que pour soumettre à un contrôle la décision prise par le ministre de délivrer les AC, la Cour devrait appliquer la norme de la décision correcte.

Il s'agissait principalement de déterminer s'il convient d'appliquer la norme de la décision correcte ou celle de la raisonnable au contrôle judiciaire de la décision prise par le

through officials at the Office of Patented Medicines and Liaison (OPML) at Health Canada, correctly interpreted the PMNOC Regulations.

*Held*, the application should be allowed.

The correctness standard was applicable to the Minister's decision and interpretation of the PMNOC Regulations, set out in the amendments to the Guidance Document, despite the recent case law of the Supreme Court of Canada (S.C.C.) which mandates a greater degree of deference by reviewing courts. The relevant regulatory and statutory context indicates that the interpretation of the PMNOC Regulations is not a matter in respect of which the Minister or officials in the OPML are to be afforded deference.

The S.C.C.'s decision in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)* (CN) should not be read so broadly as establishing a fixed rule that the only way one can rebut the presumption of reasonableness would be if the decision maker's decision falls into one of the four categories of a constitutional question, a true jurisdictional issue, the determination of the bounds of jurisdiction between two administrative tribunals or a question of law of general importance to the legal system as a whole that is outside the administrative decision maker's expertise. So doing would contradict both the approach set out in *Dunsmuir v. New Brunswick* and detailed in several subsequent S.C.C. cases. In multiple statements the S.C.C. confirmed the need for a contextual analysis in appropriate cases. One cannot read the decision in CN as changing the law and deciding that there is no longer any place for a contextual analysis in a standard of review case. It would take a much more deliberate treatment of the issue by the S.C.C. than that which is contained in CN to effect this result.

The question at issue in this case concerned whether an applicant who files an administrative ANDS based on a licence from another generic company has made a "submission for an NOC" that "directly or indirectly compares" its product to that of the innovator company whose drug is listed on the patent list established under the PMNOC Regulations such that the company is caught by section 5 of the PMNOC Regulations. There is nothing in the PMNOC Regulations that indicates that the Governor in Council intended that this issue be left to officials at Health Canada to determine. Indeed, the regulatory and statutory contexts indicate the converse. The PMNOC Regulations do not afford the Minister discretion to make a decision as to when to issue an NOC but rather are cast in mandatory terms and prevent the Minister from issuing an NOC until the criteria in section 7 of the PMNOC Regulations are met. The Governor in Council left the ultimate

ministère de la Santé d'accorder un AC à Teva, et si le ministre, par l'intermédiaire de fonctionnaires du Bureau des médicaments brevetés et de la liaison (BMBL) de Santé Canada, a interprété correctement le Règlement sur les MBAC.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

La norme de la décision correcte s'appliquait à la décision du ministre et à l'interprétation du Règlement sur les MBAC établie dans les modifications à la Ligne directrice, malgré la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada (C.S.C.), qui oblige les cours de révision à faire preuve de plus de déférence. Le contexte législatif et réglementaire applicable dénote que l'interprétation du Règlement sur les MBAC n'est pas une question pour laquelle il y a lieu de faire preuve de déférence envers le ministre ou les agents du BMBL.

La décision rendue par la C.S.C. dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)* (CN) ne doit pas être interprétée de manière large au point d'établir une règle fixe selon laquelle il n'est possible de réfuter la présomption de raisonabilité que si la décision du décideur se range dans l'une des quatre catégories suivantes : une question de nature constitutionnelle, une véritable question de compétence, la détermination des limites de compétence entre deux tribunaux administratifs ou une question de droit d'importance générale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise du décideur administratif. Agir ainsi serait contraire à la démarche qui a été exposée dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick* et détaillée dans plusieurs arrêts ultérieurs de la C.S.C.. La C.S.C. a confirmé de multiples fois qu'il était nécessaire d'effectuer une analyse contextuelle dans les cas appropriés. On ne peut pas considérer que l'arrêt CN change le droit et décide qu'il n'y a plus lieu d'effectuer une telle analyse dans une affaire mettant en cause la norme de contrôle applicable. Pour atteindre ce résultat, il faudrait que la C.S.C. traite la question de manière nettement plus délibérée que dans l'arrêt CN.

La question en cause dans la présente affaire avait trait au fait de savoir si un requérant qui dépose une PADN administrative fondée sur une licence d'un autre fabricant de produits génériques a déposé une « présentation pour un avis de conformité » qui « directement ou indirectement, compare » son produit à celui de la société innovatrice dont le médicament est inscrit sur la liste de brevets établie sous le régime du Règlement sur les MBAC, de telle sorte que cette société tombe sous le coup de l'article 5 du Règlement sur les MBAC. Rien dans ce dernier n'indique que le gouverneur en conseil envisageait que la détermination de cette question soit laissée au soin de fonctionnaires de Santé Canada. En fait, le contexte réglementaire et législatif indique le contraire. Le Règlement sur les MBAC ne confère pas au ministre le pouvoir discrétionnaire de décider à quel moment délivrer un AC, mais il est plutôt libellé sous une forme impérative et interdit au ministre

determination of whether an NOC should be issued under the PMNOC Regulations to the Court. The role assigned to the Court under the PMNOC Regulations is inconsistent with application of the reasonableness standard to interpretations by the Minister or officials at Health Canada of the Regulations. The presumption of the applicability of the reasonableness standard of review was therefore rebutted here and the correctness standard was applicable to the review of Health Canada's decision to issue an NOC to Teva and to the implicit interpretation of the PMNOC Regulations enshrined in that decision.

The Minister was incorrect in issuing the NOC to Teva. It was clear that Teva sought an NOC to market a drug in Canada based on the direct comparison of its product to AROMASIN or on an indirect comparison of its drug to AROMASIN by piggy-backing on GMP's comparison. Such comparisons engage subsection 5(1) of the PMNOC Regulations under a purposive interpretation because the Regulations strike the required balance between competing interests by requiring generic companies who make such comparisons to address the patents on the patent register. Under section 7 of the PMNOC Regulations, the Minister could not issue Teva an NOC when it made such a submission until Teva addressed the '059 patent.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, s. 120.1(1).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, Tariff B, Column III.  
*Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, ss. A.01.010 "manufacturer", C.08.001, C.08.001.1(a) "Canadian reference product", C.08.002(2), C.08.002.1, C.08.003, C.08.004, C.08.004.01.  
*Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 34(2).  
*National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7.  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.2.  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, ss. 2 "notice of compliance", 3, 4, 5, 6, 7.

de délivrer un AC avant que l'on satisfasse aux critères énoncés à l'article 7 du Règlement sur les MBAC. Le gouverneur en conseil a plutôt confié à la Cour fédérale la tâche de déterminer en fin de compte s'il y a lieu de délivrer un AC sous le régime du Règlement sur les MBAC. Le rôle que confie le Règlement sur les MBAC à la Cour ne concorde pas avec l'application de la norme de la raisonabilité aux interprétations que font le ministre ou les fonctionnaires de Santé Canada du Règlement sur les MBAC. La présomption d'applicabilité de la norme de la raisonabilité a donc été réfutée en l'espèce et la norme de la décision correcte a été appliquée au contrôle de la décision qu'a prise Santé Canada de délivrer un AC à Teva, ainsi qu'à l'interprétation implicite du Règlement sur les MBAC qui est incluse dans cette décision.

Le ministre a commis une erreur en délivrant l'AC à Teva. Il était évident que Teva sollicitait un AC pour commercialiser un médicament au Canada en se fondant sur une comparaison directe de son produit avec l'AROMASIN ou sur une comparaison indirecte de son médicament avec l'AROMASIN en se greffant à la comparaison de GMP. De telles comparaisons mettent en cause le paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC selon une interprétation téléologique des exigences du Règlement sur les MBAC, car ce dernier établit l'équilibre requis entre des droits opposés en obligeant les fabricants de médicaments génériques à faire de telles comparaisons pour traiter des brevets inscrits au registre des brevets. Aux termes de l'article 7 du Règlement sur les MBAC, le ministre de la Santé ne pouvait pas délivrer à Teva un AC lorsqu'elle a fait cette présentation avant qu'elle ne traite du brevet '059.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27.  
*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.2.  
*Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, art. 120.1(1).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 34(2).  
*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7.  
*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art. A.01.010 « fabricant », C.08.001, C.08.001.1a) « produit de référence canadien », C.08.002(2), C.08.002.1, C.08.003, C.08.004, C.08.004.01.  
*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 2 « avis de conformité », 3, 4, 5, 6, 7.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, tarif B, colonne III.



## CASES CITED

## NOT FOLLOWED:

*Takeda Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2013 FCA 13, [2014] 3 F.C.R. 70; *David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155; *Tobar Toledo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 226, [2015] 1 F.C.R. 215; *Prescient Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 120, 358 D.L.R. (4th) 541; *Bartlett v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 230, 365 D.L.R. (4th) 743; *Sheldon Inwentash and Lynn Factor Charitable Foundation v. Canada*, 2012 FCA 136, 2012 D.T.C. 5090.

## APPLIED:

*Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)*, 1997 CanLII 5135, 73 C.P.R. (3d) 510 (F.C.T.D.), affd 1998 CanLII 7436, 80 C.P.R. (3d) 74 (F.C.A.); *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Merck & Co., Inc. v. Canada (Attorney General)*, 1999 CanLII 9090, 176 F.T.R. 21 (F.C.T.D.), affd 2000 CanLII 15094, 5 C.P.R. (4th) 138 (F.C.A.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616.

## DISTINGUISHED:

*Glaxosmithkline Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1302, 38 C.P.R. (4th) 27.

## CONSIDERED:

*Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Kandola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 85, [2015] 1 F.C.R. 549; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418.

## REFERRED TO:

*AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2006 SCC 49, [2006] 2 S.C.R. 560; *Harris v. Glaxosmithkline Inc.*, 2010 ONCA 872 (CanLII), 106 O.R. (3d) 661; *Teva Canada Limited v. Canada (Health)*, 2011 FC 507, 95 C.P.R. (4th) 423; *Apotex Inc. v. Merck*

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS NON SUIVIES :

*Takeda Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2013 CAF 13, [2014] 3 R.C.F. 70; *Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155; *Tobar Toledo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 226, [2015] 1 R.C.F. 215; *Prescient Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 120; *Bartlett c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 230; *Sheldon Inwentash and Lynn Factor Charitable Foundation c. Canada*, 2012 CAF 136.

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, 1997 CanLII 5135 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), conf. par 1998 CanLII 7436 (F.C.A.); *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Merck & Co., Inc. c. Canada (Procureur général)*, 1999 CanLII 9090 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), conf. par 2000 CanLII 15094 (C.A.F.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *McLean v. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Glaxosmithkline Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1302.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Kandola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 85, [2015] 1 R.C.F. 549; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

## DÉCISIONS CITÉES :

*AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CSC 49, [2006] 2 R.C.S. 560; *Harris v. Glaxosmithkline Inc.*, 2010 ONCA 872 (CanLII); *Teva Canada Limited c. Canada (Santé)*, 2011 CF 507; *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, 2009 CAF 187, [2010] 2 R.C.F. 389;



& Co., 2009 FCA 187, [2010] 2 F.C.R. 389; *Apotex Inc. v. Canada (Health)*, 2009 FC 721, 79 C.P.R. (4th) 23; *Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*, 2007 FCA 163, [2008] 1 F.C.R. 174; *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2003 FCA 24, [2003] 3 F.C. 140; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2001 CanLII 22128, 10 C.P.R. (4th) 318 (F.C.T.D.), affd 2002 FCA 32, 16 C.P.R. (4th) 425; *Ferring Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 274, 26 C.P.R. (4th) 155; *Toba Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCT 927, 21 C.P.R. (4th) 232; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2004 FC 736, 36 C.P.R. (4th) 58, affd 2005 FCA 175, 39 C.P.R. (4th) 366; *Hoffman-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, 2005 FCA 140, [2006] 1 F.C.R. 141.

## AUTHORS CITED

Health Canada. *Changes in Manufacturer's Name and/or Product Name*, online: <[http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/alt\\_formats/pdf/prodpharma/applic-demande/pol/chang\\_name\\_nom\\_pol-eng.pdf](http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/alt_formats/pdf/prodpharma/applic-demande/pol/chang_name_nom_pol-eng.pdf).>

Health Canada. Guidance Document, *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. Minister of Public Works and Government Services Canada, 2012, online: <[http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/alt\\_formats/pdf/prodpharma/applic-demande/guide-ld/patmedbrev/pmreg3\\_mbreg3-eng.pdf](http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/alt_formats/pdf/prodpharma/applic-demande/guide-ld/patmedbrev/pmreg3_mbreg3-eng.pdf).>

Health Canada. *Guidance for Industry: Management of Drug Submission*, Minister of Public Works and Government Services Canada, 2013, online: <[http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/alt\\_formats/pdf/prodpharma/applic-demande/guide-ld/mgmt-gest/mands\\_gespd-eng.pdf](http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/alt_formats/pdf/prodpharma/applic-demande/guide-ld/mgmt-gest/mands_gespd-eng.pdf).>

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2006-228, *C. Gaz.* 2006.II.1408.

APPLICATION for judicial review seeking to set aside the decision of the respondent Minister of Health awarding an early notice of compliance to the respondent Teva Canada Limited for a drug that is the pharmaceutical and bioequivalent of a drug that the applicant produces and holds patent rights for under a patent listed on the patent register established under sections 3 and 4 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. Application allowed.

*Apotex Inc. c. Canada (Santé)*, 2009 CF 721; *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Ltée*, 2007 CAF 163, [2008] 1 R.C.F. 174; *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CAF 24, [2003] 3 C.F. 140; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2001 CanLII 22128 (C.F. 1<sup>er</sup> inst.), conf. par 2002 CAF 32; *Ferring Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 274; *Toba Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CFPI 927; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CF 736, conf. par 2005 CAF 175; *Hoffman-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CAF 140, [2006] 1 R.C.F. 141.

## DOCTRINE CITÉE

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/2006-228, *Gaz. C.* 2006.II.1408.

Santé Canada. *Changements dans le nom d'un fabricant et/ou d'un produit*, en ligne : <[http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/alt\\_formats/hpfb-dgpsa/pdf/prodpharma/chang\\_name\\_nom\\_pol-fra.pdf](http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/alt_formats/hpfb-dgpsa/pdf/prodpharma/chang_name_nom_pol-fra.pdf).>

Santé Canada. Ligne directrice, *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Ministre de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2012, en ligne : <[http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/alt\\_formats/pdf/prodpharma/applic-demande/guide-ld/patmedbrev/pmreg3\\_mbreg3-fra.pdf](http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/alt_formats/pdf/prodpharma/applic-demande/guide-ld/patmedbrev/pmreg3_mbreg3-fra.pdf).>

Santé Canada. *Ligne directrice de l'industrie : gestion des présentations de drogues*, Ministre, Travaux publics et services gouvernementaux Canada, 2013, en ligne : <[http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/prodpharma/applic-demande/guide-ld/mgmt-gest/mands\\_gespd-fra.php](http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/prodpharma/applic-demande/guide-ld/mgmt-gest/mands_gespd-fra.php).>

DEMANDE de contrôle judiciaire visant à infirmer la décision du défendeur le ministre de la Santé d'accorder un avis de conformité anticipé à la défenderesse Teva Canada Limited relativement à un médicament qui est la version pharmaceutique et bioéquivalente d'un médicament que fabrique la demanderesse et pour lequel celle-ci détient des droits de brevet en vertu d'un brevet inscrit au registre des brevets établi en vertu des articles 3 et 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Demande accueillie.

## APPEARANCES

*M. Paul Michell and Paul Fruitman* for applicant.

*Karen Lovell* for respondents Minister of Health and Attorney General of Canada.

*Jonathan Stainsby* for respondent Teva Canada Inc.

## SOLICITORS OF RECORD

*Lax O'Sullivan Scott Lisus LLP*, Toronto, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondents Minister of Health and Attorney General of Canada.

*Aitken Klee LLP*, Ottawa, for respondent Teva Canada Inc.

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

[1] GLEASON J.: In this application for judicial review the applicant, Pfizer Canada Inc. (Pfizer), seeks an order setting aside the decision of the Minister of Health, awarding an early notice of compliance (NOC) to the respondent, Teva Canada Limited (Teva), for a drug that is the pharmaceutical and bioequivalent of a drug that Pfizer produces and holds patent rights for under a patent listed on the patent register established under sections 3 and 4 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (the PMNOC Regulations).

[2] The Minister of Health issued the NOC in question to Teva pursuant to amendments to its Guidance Document, *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (the Guidance Document). These amendments purport to allow the Minister of Health to issue early NOCs to companies who market a generic version of a drug listed on the patent register, without being required to serve a notice of allegation (NOA) on the patent holder under section 5 of the PMNOC Regulations, if the company has been licensed to sell the drug by another company that has previously complied with section 5 of the PMNOC Regulations.

## ONT COMPARU

*M. Paul Michell et Paul Fruitman* pour la demanderesse.

*Karen Lovell* pour les défendeurs le ministre de la Santé et le procureur général du Canada.

*Jonathan Stainsby* pour la défenderesse Teva Canada Inc.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Lax O'Sullivan Scott Lisus LLP*, Toronto, pour la demanderesse.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs le ministre de la Santé et le procureur général du Canada.

*Aitken Klee LLP*, Ottawa, pour la défenderesse Teva Canada Inc.

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

[1] LA JUGE GLEASON : Dans la présente demande de contrôle judiciaire, la demanderesse — Pfizer Canada Inc. (Pfizer) — sollicite une ordonnance infirmant la décision par laquelle le ministre de la Santé a accordé un avis de conformité (AC) anticipé à la défenderesse Teva Canada Limitée (Teva), relativement à un médicament qui est la version pharmaceutique et bioéquivalente d'un médicament que fabrique Pfizer et pour lequel celle-ci détient des droits de brevet en vertu d'un brevet inscrit au registre des brevets établi en vertu des articles 3 et 4 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement sur les MBAC).

[2] Le ministre de la Santé a délivré l'AC en question à Teva conformément à des modifications apportées à un document intitulé Ligne directrice, *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (la Ligne directrice). Ces modifications ont pour objet d'autoriser le ministre de la Santé à délivrer des AC anticipés à des sociétés qui commercialisent une version générique d'un médicament inscrit au registre des brevets, et ce, sans être tenues de signifier un avis d'allégation (AA) au détenteur du brevet comme l'exige l'article 5 du Règlement sur les MBAC, à la condition que la société en question ait été autorisée à vendre ce médicament par

[3] To put this matter into context, it is necessary to review the relevant regulatory provisions as well as the background to this application.

#### I. The Regulations

[4] In approving drugs for sale in Canada, the Minister of Health, through the officials at Health Canada, applies two sets of regulations, the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870 (the FDA Regulations), promulgated under the *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27, and the PMNOC Regulations, promulgated under section 55.2 of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4.

##### A. *The FDA Regulations*

[5] Under the FDA Regulations, no one can sell a new drug in Canada unless the Minister of Health issues the person or company who proposes to sell the drug an NOC, authorizing the sale. Section C.08.001 of the FDA Regulations defines a new drug in relevant part as follows:

#### **C.08.001. ...**

(a) a drug that contains or consists of a substance, whether as an active or inactive ingredient, carrier, coating, excipient, menstruum or other component, that has not been sold as a drug in Canada for sufficient time and in sufficient quantity to establish in Canada the safety and effectiveness of that substance for use as a drug;

[6] It is common ground between the parties that the drug for which Teva was issued an NOC in this case falls within the FDA Regulation's definition of a "new drug". Therefore, Teva required an NOC to legally offer it for sale in Canada.

une autre société qui s'est déjà conformée à l'article 5 du Règlement sur les MBAC.

[3] Pour situer la présente affaire dans son juste contexte, il est nécessaire de passer en revue les dispositions réglementaires applicables, de même que les faits qui sont à l'origine de la présente demande.

#### I. Les dispositions réglementaires applicables

[4] Pour approuver les médicaments qui peuvent être vendus au Canada, le ministre de la Santé, par l'entremise des fonctionnaires de Santé Canada, applique deux règlements : le *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870 (le Règlement sur les AD), pris en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27, ainsi que le Règlement sur les MBAC, pris en vertu de l'article 55.2 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4.

##### A. *Le Règlement sur les AD*

[5] Aux termes du Règlement sur les AD, nul ne peut vendre au Canada un nouveau médicament (appelé « drogue nouvelle » dans le Règlement sur les AD) sauf si le ministre de la Santé délivre à la personne ou à la société qui propose d'en faire la vente un AC, qui en autorise la vente. L'article C.08.001 du Règlement sur les AD définit ce qu'est une drogue nouvelle, et l'extrait pertinent est le suivant :

#### **C.08.001. [...]**

a) une drogue qui est constituée d'une substance ou renferme une substance, sous forme d'ingrédient actif ou inerte, de véhicule, d'enrobage, d'excipient, de solvant ou de tout autre constituant, laquelle substance n'a pas été vendue comme drogue au Canada pendant assez longtemps et en quantité suffisante pour établir, au Canada, l'innocuité et l'efficacité de ladite substance employée comme drogue,

[6] Les parties conviennent que le médicament pour lequel Teva a obtenu un AC dans la présente affaire correspond à la définition d'une « drogue nouvelle » que donne le Règlement sur les AD. Teva avait donc besoin d'un AC pour offrir légalement en vente le médicament au Canada.

[7] Under the FDA Regulations, there are three main methods by which a drug company can obtain an NOC.

[8] First, it may file an application called a “new drug submission” (NDS). This is typically the route chosen by innovator companies when they develop new drugs. The production of an NDS is usually a complex and expensive undertaking as the innovator company is required to conduct and produce evidence of clinical trials. It must also file a long list of other information set out in subsection C.08.002(2) of the FDA Regulations to “enable the Minister to assess the safety and effectiveness of the new drug”.

[9] The FDA Regulations secondly allow for a shorter process, called an abbreviated new drug submission (ANDS), under which a drug company may be authorized to sell a drug if it establishes that it is the same or very similar to another drug that has been authorized for sale in Canada. Subsection C.08.002.1(1) of the FDA Regulations provides in this regard:

**C.08.002.1.** (1) A manufacturer of a new drug may file an abbreviated new drug submission or an abbreviated extraordinary use new drug submission for the new drug where, in comparison with a Canadian reference product,

- (a) the new drug is the pharmaceutical equivalent of the Canadian reference product;
- (b) the new drug is bioequivalent with the Canadian reference product, based on the pharmaceutical and, where the Minister considers it necessary, bioavailability characteristics;
- (c) the route of administration of the new drug is the same as that of the Canadian reference product; and
- (d) the conditions of use for the new drug fall within the conditions of use for the Canadian reference product.

[10] A “Canadian reference product” is defined in paragraph C.08.001.1(a) of the FDA Regulations as

[7] Aux termes du Règlement sur les AD, il existe trois grandes façons par lesquelles une société pharmaceutique peut obtenir un AC.

[8] Premièrement, elle doit déposer une demande appelée « présentation de drogue nouvelle » (PDN). C’est la voie que suivent habituellement les sociétés innovatrices lorsqu’elles mettent au point de nouveaux médicaments. La production d’une PDN est habituellement une tâche complexe et coûteuse car la société innovatrice est tenue de réaliser des essais cliniques et de produire des preuves connexes. Elle doit également déposer une longue liste d’autres renseignements énoncés au paragraphe C.08.002(2) du Règlement sur les AD afin de « permettre au ministre d’évaluer l’innocuité et l’efficacité de la drogue nouvelle ».

[9] Deuxièmement, le Règlement sur les AD prévoit un processus de plus courte durée, appelé « présentation abrégée de drogue nouvelle » (PADN), dans le cadre duquel une société pharmaceutique peut être autorisée à vendre un médicament si elle établit que ce dernier est identique ou fort semblable à un autre médicament dont la vente a été autorisée au Canada. Le paragraphe C.08.002.1(1) du Règlement sur les AD indique à cet égard :

**C.08.002.1.** (1) Le fabricant d’une drogue nouvelle peut déposer à l’égard de celle-ci une présentation abrégée de drogue nouvelle ou une présentation abrégée de drogue nouvelle pour usage exceptionnel si, par comparaison à un produit de référence canadien :

- a) la drogue nouvelle est un équivalent pharmaceutique du produit de référence canadien;
- b) elle est bioéquivalente au produit de référence canadien d’après les caractéristiques pharmaceutiques et, si le ministre l’estime nécessaire, d’après les caractéristiques en matière de biodisponibilité;
- c) la voie d’administration de la drogue nouvelle est identique à celle du produit de référence canadien;
- d) les conditions thérapeutiques relatives à la drogue nouvelle figurent parmi celles qui s’appliquent au produit de référence canadien.

[10] Un « produit de référence canadien » est défini à l’alinéa C.08.001.1a) du Règlement sur les AD; il s’agit

meaning “a drug in respect of which a notice of compliance is issued under section C.08.004 or C.08.004.01 and which is marketed in Canada by the innovator of the drug”.

[11] Thus, under the ANDS process, to obtain an NOC, a drug company needs to satisfy the Minister of Health of the matters referred to in subsection C.08.002.1(1) of the FDA Regulations by comparing its product to a Canadian reference product.

[12] The process to produce an ANDS is much more streamlined and less expensive than that required for an NDS as the applicant under the ANDS process need only show comparability to another drug already approved by Health Canada. Generic drug manufacturers typically seek their NOCs through the ANDS process and generally compare their drugs to those of an innovator company that obtained approval through the NDS process.

[13] Finally, the FDA Regulations provide for the filing of supplemental submissions where a drug company makes certain changes to its process, labels, drug name, representations regarding the drug or other similar matters. Section C.08.003 of the FDA Regulations provides in this regard in relevant part as follows:

**C.08.003.** (1) ... no person shall sell a new drug in respect of which a notice of compliance has been issued to the manufacturer of that new drug ... if any of the matters specified in subsection (2) are significantly different from the information or material contained in the new drug submission, extraordinary use new drug submission, abbreviated new drug submission or abbreviated extraordinary use new drug submission, unless

(a) the manufacturer of the new drug has filed with the Minister a supplement to that submission;

(b) the Minister has issued a notice of compliance to the manufacturer of the new drug in respect of the supplement;

...

d’« une drogue à l’égard de laquelle un avis de conformité a été délivré en application des articles C.08.004 ou C.08.004.01 et qui est commercialisée au Canada par son innovateur ».

[11] C’est donc dire que, selon le processus de PADN, une société pharmaceutique qui souhaite obtenir un AC doit convaincre le ministre de la Santé qu’elle répond aux exigences mentionnées au paragraphe C.08.002.1(1) du Règlement sur les AD en comparant son produit à un produit de référence canadien.

[12] Le processus à suivre pour produire une PADN est nettement plus simplifié et moins coûteux que celui que requiert une PDN car, dans le cadre du processus de PADN, il suffit au requérant de prouver la comparabilité de son médicament à un autre médicament que Santé Canada a déjà approuvé. En général, c’est par l’entremise du processus de PADN que les fabricants de médicaments génériques demandent leur AC et, habituellement, ils comparent leurs médicaments à ceux d’une société innovatrice qui a obtenu son approbation au moyen du processus de PDN.

[13] Enfin, le Règlement sur les AD prévoit le dépôt de présentations supplémentaires dans les cas où une société pharmaceutique apporte certains changements à son procédé, ses étiquettes, le nom du médicament, les observations relatives à ce dernier ou d’autres aspects semblables. L’article C.08.003 du Règlement sur les AD indique en partie ce qui suit :

**C.08.003.** (1) [...] il est interdit de vendre une drogue nouvelle à l’égard de laquelle un avis de conformité a été délivré à son fabricant et n’a pas été suspendu aux termes de l’article C.08.006, lorsqu’un des éléments visés au paragraphe (2) diffère sensiblement des renseignements ou du matériel contenus dans la présentation de drogue nouvelle, la présentation de drogue nouvelle pour usage exceptionnel, la présentation abrégée de drogue nouvelle ou la présentation abrégée de drogue nouvelle pour usage exceptionnel, à moins que les conditions ci-après ne soient réunies :

a) le fabricant de la drogue nouvelle a déposé auprès du ministre un supplément à la présentation;

b) le ministre a délivré au fabricant un avis de conformité relativement au supplément;

[...]

(d) the manufacturer of the new drug has submitted to the Minister specimens of the final version of any label, including any package insert, product brochure and file card, intended for use in connection with the new drug, where a change with respect to any of the matters specified in subsection (2) is made that would require a change to the label.

(2) The matters specified for the purposes of subsection (1), in relation to the new drug, are the following:

...

(b) the brand name of the new drug or the identifying name or code proposed for the new drug;

...

(g) the labels used in connection with the new drug;

...

(3) A supplement to a submission referred to in subsection (1), with respect to the matters that are significantly different from those contained in the submission, shall contain sufficient information and material to enable the Minister to assess the safety and effectiveness of the new drug in relation to those matters.

[14] As is apparent from the foregoing provisions (and from the FDA Regulations in their entirety), the role of the Minister of Health in issuing an NOC under these regulations is to assess the safety and efficacy of drugs to be sold in Canada. Indeed, that this is the purpose of these provisions in the FDA Regulations has been confirmed by the case law (see, e.g. *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533 (*Biolyse*), at paragraph 13; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2006 SCC 49, [2006] 2 S.C.R. 560 (*AstraZeneca*), at paragraph 12; *Harris v. Glaxosmithkline Inc.*, 2010 ONCA 872 (CanLII), 106 O.R. (3d) 661, at paragraph 8; *Teva Canada Limited v. Canada (Health)*, 2011 FC 507, 95 C.P.R. (4th) 423, at paragraph 23).

#### B. *The PMNOC Regulations*

[15] The PMNOC Regulations were passed when Parliament abolished the previous system for compulsory

d) le fabricant de la drogue nouvelle a présenté au ministre, sous leur forme définitive, des échantillons de toute étiquette — y compris une notice jointe à l'emballage, un dépliant et une fiche sur le produit — destinée à être utilisée pour la drogue nouvelle, dans le cas où la modification d'un des éléments visés au paragraphe (2) nécessite un changement dans l'étiquette.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), les éléments ayant trait à la drogue nouvelle sont les suivants :

[...]

b) sa marque nominative ou le nom ou code sous lequel il est proposé de l'identifier;

[...]

g) les étiquettes à utiliser pour la drogue nouvelle;

[...]

(3) Le supplément à toute présentation visée au paragraphe (1) contient, à l'égard des éléments qui diffèrent sensiblement de ce qui figure dans la présentation, suffisamment de renseignements et de matériel pour permettre au ministre d'évaluer l'innocuité et l'efficacité de la drogue nouvelle relativement à ces éléments.

[14] Comme l'illustrent clairement les dispositions qui précèdent (de même que le Règlement sur les AD dans son intégralité), le rôle que joue le ministre de la Santé dans le cadre de la délivrance d'un AC sous le régime du Règlement sur les AD est d'évaluer l'innocuité et l'efficacité des médicaments qui seront vendus au Canada. En fait, la jurisprudence confirme qu'il s'agit là de l'objet de ces dispositions du Règlement sur les AD (voir, p. ex., *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533 (*Biolyse*), au paragraphe 13; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CSC 49, [2006] 2 R.C.S. 560 (*AstraZeneca*), au paragraphe 12; *Harris v. Glaxosmithkline Inc.*, 2010 ONCA 872 (CanLII), 106 O.R. (3d) 661, au paragraphe 8; *Teva Canada Limited c. Canada (Santé)*, 2011 CF 507, au paragraphe 23).

#### B. *Le Règlement sur les MBAC*

[15] Le Règlement sur les MBAC a été adopté lorsque le Parlement a aboli l'ancien régime de délivrance



licensing of generic drug manufacturers and enacted section 55.2 of the *Patent Act*. This section allows generic companies to “early work” a product, without infringing an innovator company’s patents for the drug, in order to develop a generic version of the drug and make it available as soon as possible following expiry of the relevant patents. As counsel for the Attorney General premised much of her arguments on section 55.2 of the *Patent Act*, the relevant portions of the section are reproduced; they provide as follows:

Exception

**55.2** (1) It is not an infringement of a patent for any person to make, construct, use or sell the patented invention solely for uses reasonably related to the development and submission of information required under any law of Canada, a province or a country other than Canada that regulates the manufacture, construction, use or sale of any product.

(2) and (3) [Repealed, 2001, c. 10, s. 2]

Regulations

(4) The Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1), including, without limiting the generality of the foregoing, regulations

(a) respecting the conditions that must be fulfilled before a notice, certificate, permit or other document concerning any product to which a patent may relate may be issued to a patentee or other person under any Act of Parliament that regulates the manufacture, construction, use or sale of that product, in addition to any conditions provided for by or under that Act;

(b) respecting the earliest date on which a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) that is issued or to be issued to a person other than the patentee may take effect and respecting the manner in which that date is to be determined;

obligatoire d’une licence aux fabricants de médicaments génériques et a édicté l’article 55.2 de la *Loi sur les brevets*. Cette disposition autorise les fabricants de médicaments génériques à procéder à la « fabrication anticipée » d’un médicament, sans contrefaire les brevets que détient la société innovatrice à l’égard du médicament, de façon à pouvoir mettre au point une version générique et de le rendre disponible le plus tôt possible après l’expiration des brevets applicables. Comme l’avocate du procureur général a fondé une bonne part de ses arguments sur l’article 55.2 de la *Loi sur les brevets*, j’en reproduis ici les passages pertinents :

Exception

**55.2** (1) Il n’y a pas contrefaçon de brevet lorsque l’utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d’une invention brevetée se justifie dans la seule mesure nécessaire à la préparation et à la production du dossier d’information qu’oblige à fournir une loi fédérale, provinciale ou étrangère réglementant la fabrication, la construction, l’utilisation ou la vente d’un produit.

(2) et (3) [Abrogés, 2001, ch. 10, art. 2]

Règlements

(4) Afin d’empêcher la contrefaçon d’un brevet d’invention par l’utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d’une invention brevetée au sens du paragraphe (1), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements, notamment :

a) fixant des conditions complémentaires nécessaires à la délivrance, en vertu de lois fédérales régissant l’exploitation, la fabrication, la construction ou la vente de produits sur lesquels porte un brevet, d’avis, de certificats, de permis ou de tout autre titre à quiconque n’est pas le breveté;

b) concernant la première date, et la manière de la fixer, à laquelle un titre visé à l’alinéa a) peut être délivré à quelqu’un qui n’est pas le breveté et à laquelle elle peut prendre effet;

(c) governing the resolution of disputes between a patentee or former patentee and any person who applies for a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) as to the date on which that notice, certificate, permit or other document may be issued or take effect;

(d) conferring rights of action in any court of competent jurisdiction with respect to any disputes referred to in paragraph (c) and respecting the remedies that may be sought in the court, the procedure of the court in the matter and the decisions and orders it may make; and

(e) generally governing the issue of a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) in circumstances where the issue of that notice, certificate, permit or other document might result directly or indirectly in the infringement of a patent.

[16] The PMNOC Regulations, unlike the FDA Regulations, are not aimed at protecting the public from unsafe or inefficacious drugs but, rather, are aimed at protecting the patent rights of innovator companies and balancing those rights with the timely entry of lower priced generic competitors into the market place. The Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) published in the *Canada Gazette* Part II on October 18, 2006 [SOR/2006-228, *C. Gaz.* 2006.II.1408], when a number of amendments were made to the PMNOC Regulations, notes [at page 1510] in this regard that the PMNOC Regulations are designed to “balance effective patent enforcement over new and innovative drugs with the timely market entry of their lower priced generic competitors.”. It elaborates as follows [at page 1511]:

... while early-working is intended to promote the timely market entry of generic drugs by allowing them to undergo the regulatory approval process in advance of patent expiry, the PM(NOC) Regulations are intended to provide effective patent enforcement by ensuring the former does not result in the actual issuance of a generic NOC until patent expiry or such earlier time as the court or innovator considers justified having regard to the generic company’s allegation. Despite their seemingly competing policy objectives, it is important that neither instrument be considered in isolation as the intended

c) concernant le règlement des litiges entre le breveté, ou l’ancien titulaire du brevet, et le demandeur d’un titre visé à l’alinéa a), quant à la date à laquelle le titre en question peut être délivré ou prendre effet;

d) conférant des droits d’action devant tout tribunal compétent concernant les litiges visés à l’alinéa c), les conclusions qui peuvent être recherchées, la procédure devant ce tribunal et les décisions qui peuvent être rendues;

e) sur toute autre mesure concernant la délivrance d’un titre visé à l’alinéa a) lorsque celle-ci peut avoir pour effet la contrefaçon de brevet.

[16] Contrairement au Règlement sur les AD, le Règlement sur les MBAC ne vise pas à protéger le public contre les médicaments dangereux ou inefficaces; il vise plutôt à protéger les droits de brevet des sociétés innovatrices et à mettre ces droits en équilibre avec la mise en marché rapide de médicaments génériques concurrents à un prix inférieur. Le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation (REIR), publié dans la partie II de la *Gazette du Canada* le 18 octobre 2006 [DORS/2006-228, *Gaz. C.* 2006.II.1408] lorsqu’un certain nombre de modifications ont été apportées au Règlement sur les MBAC, signale [à la page 1510] à cet égard que ce règlement est conçu pour « atteindre un équilibre entre la mise en application efficace des droits conférés par les brevets protégeant les nouvelles drogues innovatrices et l’entrée sur le marché en temps opportun des produits génériques concurrents moins coûteux ». On peut ensuite y lire ce qui suit [à la page 1511] :

[...] bien que l’exception relative à la fabrication anticipée vise à promouvoir l’entrée sur le marché en temps opportun de produits génériques en permettant aux fabricants d’entamer le processus d’approbation réglementaire avant l’expiration du brevet, le règlement de liaison a pour but d’assurer la mise en application efficace des droits conférés par un brevet en veillant à ce que ledit processus ne donne pas lieu à la délivrance d’un avis de conformité pour un produit générique avant l’expiration du brevet ou avant toute date antérieure que le tribunal ou l’innovateur juge justifiée à l’égard de l’allégation

policy can only be achieved when the two operate in a balanced fashion.

[17] The case law confirms the PMNOC Regulations are aimed at protecting the rights of patentees while ensuring that generic versions of patented medicines are available to the public as early as possible (see e.g. *Biolyse*, at paragraphs 45–47; *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)*, 1997 CanLII 5135, 73 C.P.R. (3d) 510 (F.C.T.D.), at paragraph 22, affd 1998 CanLII 7436, 80 C.P.R. (3d) 74 (F.C.A.) (*Nu-Pharm 1*); *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, 2009 FCA 187, [2010] 2 F.C.R. 389, at paragraph 60; *Apotex Inc. v. Canada (Health)*, 2009 FC 721, 79 C.P.R. (4th) 23, at paragraph 55).

[18] Under the PMNOC Regulations, innovator companies may have their drug-related patents listed on the patent register, established under the regulations, provided they meet the criteria for registration. Registration allows a patentee to forestall the entry of a generic version of the patented drug onto the Canadian market until the patents expire, the innovator company consents to the generic company's producing the drug or this Court determines that the generic company's allegation of non-infringement or invalidity is justified. This is accomplished through the combined effect of sections 5 to 7 of the PMNOC Regulations.

[19] By virtue of section 5 of the PMNOC Regulations, a "second person" (typically, a generic company), who files a submission for an NOC that directly or indirectly compares or references its product to that of a "first person" (typically the innovator company) whose patent(s) is listed on the patent register, must either (1) wait for patent expiry before receiving an NOC, or (2) serve an NOA upon the first person alleging invalidity and/or non-infringement of the listed patents. Subsection 5(1) of the PMNOC Regulations, which is the key provision in this application for judicial review, provides in this regard as follows:

du fabricant de produits génériques. Malgré ces objectifs stratégiques apparemment contradictoires, il est important qu'aucun de ces instruments ne soit examiné de façon isolée puisque la politique sous-jacente voulue ne peut être atteinte que si les deux fonctionnent de façon équilibrée.

[17] La jurisprudence confirme que le Règlement sur les MBAC vise à protéger les droits des brevetés tout en veillant à ce que l'on mette le plus rapidement possible à la disposition du public des versions génériques de médicaments brevetés (voir p. ex. *Biolyse*, aux paragraphes 45 à 47; *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, 1997 CanLII 5135 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 22, conf. par 1998 CanLII 7436 (C.A.F.) (*Nu-Pharm 1*); *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, 2009 CAF 187, [2010] 2 R.C.F. 389, au paragraphe 60; *Apotex Inc. c. Canada (Santé)*, 2009 CF 721, au paragraphe 55).

[18] Aux termes du Règlement sur les MBAC, les sociétés innovatrices peuvent faire inscrire leurs brevets pharmaceutiques au registre des brevets, qui a été établi sous le régime du règlement, à la condition de répondre aux critères d'enregistrement. L'enregistrement permet à un breveté d'empêcher l'entrée sur le marché canadien d'une version générique d'un médicament breveté jusqu'à ce que les brevets applicables expirent, que la société innovatrice consente à ce que le fabricant de médicaments génériques fabrique le médicament ou que la Cour conclue que l'allégation d'absence de contrefaçon ou d'invalidité du fabricant de médicaments génériques est justifiée. Ce résultat s'obtient par l'effet conjugué des articles 5 à 7 du Règlement sur les MBAC.

[19] Selon l'article 5 du Règlement sur les MBAC, une « seconde personne » (il s'agit habituellement d'un fabricant de médicaments génériques) qui dépose une présentation relative à un AC et qui compare directement ou indirectement son produit à celui d'une « première personne » (il s'agit habituellement de la société innovatrice) dont le ou les brevets sont inscrits au registre des brevets — ou qui y fait renvoi — doit : 1) attendre l'expiration du ou des brevets avant de recevoir un AC ou 2) signifier à la première personne un AA alléguant l'invalidité et/ou l'absence de contrefaçon des brevets inscrits. Le paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC, qui est la disposition clé dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire, mentionne à cet égard :

5. (1) If a second person files a submission for a notice of compliance in respect of a drug and the submission directly or indirectly compares the drug with, or makes reference to, another drug marketed in Canada under a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the second person shall, in the submission, with respect to each patent on the register in respect of the other drug,

(a) state that the second person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(b) allege that

(i) the statement made by the first person under paragraph 4(4)(d) is false,

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicinal ingredient, no claim for the formulation, no claim for the dosage form and no claim for the use of the medicinal ingredient would be infringed by the second person making, constructing, using or selling the drug for which the submission is filed.

[20] Under section 6 of the PMNOC Regulations, the first person (i.e. the innovator company) who receives an NOA may seek an order of prohibition from this Court to prevent the Minister of Health from issuing an NOC to the second person (i.e. the generic company). Where this occurs, the Court is called upon to determine if the NOA is substantiated. If the Court determines that the NOA is not substantiated, a prohibition order will issue, preventing the Minister from issuing an NOC to the generic company until the expiry of the patent(s) at issue.

[21] Section 7 of the PMNOC Regulations prevents the Minister of Health from issuing an NOC to a second person until the latest of the following events: (1) the second person complies with section 5 of the PMNOC Regulations; (2) the patents at issue expire; (3) 45 days elapse after the service of the NOA and the first person has not filed a prohibition application with the Court; (4) the Court dismisses a prohibition application; (5) the first person consents to the making, constructing, using or selling of the drug in Canada by the second

5. (1) Dans le cas où la seconde personne dépose une présentation pour un avis de conformité à l'égard d'une drogue, laquelle présentation, directement ou indirectement, compare celle-ci à une autre drogue commercialisée sur le marché canadien aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été présentée — ou y fait renvoi —, cette seconde personne doit, à l'égard de chaque brevet ajouté au registre pour cette autre drogue, inclure dans sa présentation :

a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne sera pas délivré avant l'expiration du brevet;

b) soit une allégation portant que, selon le cas :

(i) la déclaration présentée par la première personne aux termes de l'alinéa 4(4)d) est fautive,

(ii) le brevet est expiré,

(iii) le brevet n'est pas valide,

(iv) elle ne contreferait aucune revendication de l'ingrédient médicinal, revendication de la formulation, revendication de la forme posologique ni revendication de l'utilisation de l'ingrédient médicinal en fabricant, construisant, utilisant ou vendant la drogue pour laquelle la présentation est déposée.

[20] Comme le prévoit l'article 6 du Règlement sur les MBAC, la première personne (la société innovatrice) qui reçoit un AA peut s'adresser à la Cour en vue d'obtenir une ordonnance empêchant le ministre de la Santé d'émettre un AC à la seconde personne (le fabricant de médicaments génériques). Dans un tel cas, la Cour est appelée à décider si l'AA est justifié. Si elle conclut que non, elle rend une ordonnance d'interdiction qui empêche le ministre de délivrer un AC au fabricant de médicaments génériques jusqu'à l'expiration du ou des brevets en cause.

[21] L'article 7 du Règlement sur les MBAC empêche le ministre de la Santé de délivrer un AC à une seconde personne avant le plus tardif des faits suivants : 1) la seconde personne se conforme à l'article 5 du Règlement sur les MBAC; 2) les brevets en cause expirent; 3) 45 jours se sont écoulés depuis la date de signification de l'AA, et la première personne n'a pas déposé auprès de la Cour une demande d'interdiction; 4) la Cour rejette une demande d'interdiction; 5) la première personne consent à ce que la seconde personne utilise, fabrique,

person; or (6) 24 months elapse following the date the first person commenced a prohibition application in this Court.

[22] Subsection 7(1) of the PMNOC Regulations is cast in mandatory terms, stating that the Minister of Health “shall not” issue a second company an NOC until the latest of the events described in the foregoing paragraph has occurred. It provides in relevant part:

7. (1) The Minister shall not issue a notice of compliance to a second person before the latest of

...

(b) the day on which the second person complies with section 5,

(c) ... the expiration of any patent on the register that is not the subject of an allegation,

(d) ... the expiration of 45 days after the receipt of proof of service of a notice of allegation under paragraph 5(3)(a) in respect of any patent on the register,

(e) ... the expiration of 24 months after the receipt of proof of the making of any application under subsection 6(1), and

(f) the expiration of any patent that is the subject of an order pursuant to subsection 6(1).

[23] By virtue of the foregoing provisions, innovator drug companies possess the ability to enjoin generic companies from entering the Canadian market with a competing version of a patented drug for 24 months or a shorter period if the prohibition application is dismissed, withdrawn or discontinued before the 24 months have elapsed. The filing of an application for prohibition therefore functions like an injunction, preventing the second company from entering the market for up to 24 months.

[24] The PMNOC Regulations tie into the FDA Regulations through the definition of an “NOC”, which is defined in section 2 of the PMNOC Regulations as

construite ou vende le médicament au Canada; 6) 24 mois se sont écoulés depuis la date à laquelle la première personne a déposé une demande d’interdiction auprès de la Cour.

[22] Le paragraphe 7(1) du Règlement sur les MBAC est rédigé sous une forme impérative, et il mentionne que le ministre de la Santé « ne peut » délivrer un AC à la seconde personne que si le plus tardif des faits décrits au paragraphe qui précède a eu lieu. Les éléments pertinents du paragraphe 7(1) sont les suivants :

7. (1) Le ministre ne peut délivrer un avis de conformité à la seconde personne avant la plus tardive des dates suivantes :

[...]

b) la date à laquelle la seconde personne se conforme à l’article 5;

c) [...] la date d’expiration de tout brevet inscrit au registre qui ne fait pas l’objet d’une allégation;

d) [...] la date qui suit de quarante-cinq jours la date de réception de la preuve de signification de l’avis d’allégation visé à l’alinéa 5(3)a) à l’égard de tout brevet ajouté au registre;

e) [...] la date qui suit de 24 mois la date de réception de la preuve de présentation de la demande visée au paragraphe 6(1);

f) la date d’expiration de tout brevet faisant l’objet d’une ordonnance rendue aux termes du paragraphe 6(1).

[23] Du fait des dispositions qui précèdent, les sociétés pharmaceutiques innovatrices sont capables d’empêcher des fabricants de médicaments génériques de lancer sur le marché canadien une version concurrente d’un médicament breveté pendant une période de 24 mois, ou plus tôt si la demande d’interdiction est rejetée, retirée ou fait l’objet d’un désistement avant l’expiration du délai de 24 mois. Le dépôt d’une demande d’interdiction agit donc comme une injonction et empêche la seconde société d’entrer sur le marché pendant une période pouvant atteindre 24 mois.

[24] Le Règlement sur les MBAC est lié au Règlement sur les AD par la définition d’un « AC »; ce terme est défini à l’article 2 du Règlement sur les MBAC en ces

“a notice issued under section C.08.004 or C.08.004.01 of the *Food and Drug Regulations*”.

[25] A final point bears mention as concerns the two regulations, namely, that neither provides for “administrative” drug submissions, which, as is discussed below, constitute another type of submission that Health Canada recognizes.

## II. The Guidelines and Health Canada’s Practices

[26] For some time, Health Canada has required filings it terms “administrative” drug submissions when drug companies make changes that Health Canada views as being purely administrative in nature. Such administrative matters include changes in a vendor company’s name (which may have been the result of a corporate merger, buy-out or a licensing agreement) or changes in the product name. Vendor companies are termed “manufacturers” under the FDA Regulations by virtue of section A.01.010 of those regulations which defines a “manufacturer” as a person that sells a drug under its own name in Canada. Thus, when a vendor company is different or changes its name, it must file an administrative drug submission with Health Canada to obtain a new NOC to allow it to sell the same drug for which an NOC had previously been issued.

[27] Health Canada defines what it considers an administrative drug submission in its policy document entitled *Guidance for Industry: Management of Drug Submissions* [at page 3] as “a submission that does not require scientific review (for example [e.g.] change in manufacturer or product name).”

[28] Another Health Canada policy, the *Changes in Manufacturer’s Name and/or Product Name* policy [Name Change policy], details the requirements for an administrative drug submission and the circumstances in which such a submission can be utilized. This policy provides [at page 2] that administrative submissions

termes : « [a]vis délivré au titre de l’article C.08.004 ou C.08.004.01 du *Règlement sur les aliments et drogues* ».

[25] Un dernier point au sujet de ces deux règlements mérite d’être mentionné : ni l’un ni l’autre ne traite des présentations dites « administratives » de drogue qui, comme nous le verrons ci-après, sont un autre type de présentation que Santé Canada reconnaît.

## II. La Ligne directrice et les pratiques de Santé Canada

[26] Depuis un certain temps, Santé Canada exige le dépôt de ce qu’il appelle une présentation « administrative » de drogue lorsqu’une société pharmaceutique apporte des changements que Santé Canada considère comme de nature purement administrative. Au nombre de ces questions administratives figurent des changements dans le nom d’une société venderesse (lequel changement peut être dû à une fusion de sociétés, à un rachat ou à un contrat de licence) ou dans le nom d’un produit. Les sociétés venderesses sont qualifiées de « fabricants » dans le Règlement sur les AD, aux termes de l’article A.01.010, qui définit un « fabricant » comme une personne qui vend une « drogue » sous son propre nom au Canada. C’est donc dire que lorsqu’une société venderesse est différente ou change de nom, elle est tenue de déposer une présentation administrative de drogue auprès de Santé Canada en vue d’obtenir un nouvel AC qui lui permettra de vendre la même « drogue » pour laquelle un AC a déjà été délivré.

[27] Santé Canada définit [à la page 4] ce qu’il considère comme une présentation administrative de drogue dans un document intitulé *Ligne directrice de l’industrie : gestion des présentations de drogues*; il s’agit d’« une présentation qui ne nécessite pas d’examen scientifique (p. ex. changement du nom du fabricant ou produit) ».

[28] Une autre politique de Santé Canada, intitulée *Changements dans le nom d’un fabricant et/ou d’un produit*, expose en détail les exigences relatives à une présentation administrative de drogue ainsi que les circonstances dans lesquelles il est possible d’utiliser une telle présentation. Selon cette politique [à la page 3], une



may be filed where there has been “a change in the manufacturer’s name and/or product name subsequent to a merger, buy-out or other corporate restructuring or the establishment of a licensing agreement.” It further defines a licensing agreement as “an agreement between two firms whereby one firm supplies a drug product to another firm for sale under the second firm’s name.”

[29] In terms of the content of an administrative submission, this policy provides that all that is required is the submission of a simplified, one-page form. In that form the applicant is required to set out the reason for the submission, identify the previous submission and manufacturer approved by Health Canada through the issuance of an NOC and certify that “all aspects of the [administrative] submission pertaining to [the drug] are identical to [the previously approved submission] except for a change in the manufacture/sponsor’s name and/or product name and that the product will be manufactured at the same location with identical specifications and procedures.”

[30] Such minimal information is required because, from a safety and efficacy point of view, nothing changes when the manufacturer and/or the product name are the only variations from a drug previously approved under an NDS or ANDS.

[31] Until the changes to the Guidance Document giving rise to this litigation, which became effective in April 2012, Health Canada required licensees who submitted administrative drug submissions as a result of a licensing agreement to comply with section 5 of the PMNOC Regulations and therefore required them to address any patents on the patent register to which they directly or indirectly compared their products. Thus, prior to the disputed amendments to the Guidance Document, a second generic company that obtained a licence from a first generic company to sell an identical drug, under the label and name of the second generic company, was required to comply with section 5 of the PMNOC Regulations. In some circumstances, this, in turn, afforded the innovator company that held the listed

présentation administrative peut être déposée dans les cas où il y a eu « un changement dans le nom d’un produit et/ou de son fabricant par suite d’une fusion, d’un rachat ou d’une autre forme de restructuration de l’entreprise, ou de l’établissement d’un contrat de licence ». Par ailleurs, dans cette politique, un contrat de licence est défini comme suit : « contrat en vertu duquel une firme fournit un produit pharmaceutique à une autre firme afin qu’il soit vendu sous le nom de la seconde firme ».

[29] Pour ce qui est de la teneur de la présentation administrative, la politique mentionne que tout ce que l’on exige est le dépôt d’un formulaire simplifié, d’une longueur d’une page. Dans ce formulaire, le requérant doit indiquer le motif de la présentation, la présentation antérieure et le fabricant approuvé par Santé Canada au moyen de la délivrance d’un AC, et attester que « tous les aspects de la présentation [administrative] visant : [nom du produit] [...] sont identiques à [la présentation antérieurement approuvée] sauf en ce qui concerne un changement dans le nom du fabricant ou du promoteur et/ou dans le nom du produit, et que le produit sera fabriqué au même endroit et selon les mêmes spécifications et les mêmes procédures ».

[30] Ces renseignements minimes sont exigés parce que, du point de vue de l’innocuité et de l’efficacité, rien ne change lorsque le fabricant et/ou le nom du produit ne sont que les seules différences par rapport à un médicament qui a été antérieurement approuvé dans le cadre d’une PDN ou d’une PADN.

[31] Avant d’apporter les changements à la Ligne directrice qui ont donné lieu au présent litige et qui sont entrés en vigueur en avril 2012, Santé Canada exigeait que les preneurs de licence qui déposaient une présentation administrative de drogue à la suite d’un contrat de licence se conformaient à l’article 5 du Règlement sur les MBAC, et obligeait donc qu’ils traitent de tout brevet inscrit au registre des brevets auquel ils comparaient, directement ou indirectement, leur produits. C’est donc dire qu’avant que l’on apporte les modifications contestées à la Ligne directrice, un second fabricant de médicaments génériques qui obtenait une licence d’un premier fabricant de médicaments génériques en vue de vendre un médicament identique, sous l’étiquette et le nom du second fabricant de produits génériques, était

patents for the drug in question the ability to benefit from sections 6 and 7 of the PMNOC Regulations.

[32] More specifically, such rights previously accrued to an innovator company whose patents were listed on the patent register in any circumstance involving licensing from one generic company to another except where the innovator company had already lost a prohibition application on similar grounds before this Court in respect of the drug produced by the first generic company. If that had occurred, the doctrine of abuse of process, as provided for in paragraph 6(5)(b) of the PMNOC Regulations, would have prevented the innovator company from re-litigating the same allegations against the second generic company (see in this regard *Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*, 2007 FCA 163, [2008] 1 F.C.R. 174).

[33] Under the disputed change to the Guidance Document, Health Canada no longer requires compliance with section 5 of the PMNOC Regulations by licensees who obtain a licence from another generic company to market a drug that is identical to the drug produced by a licensor who has been issued an NOC. Health Canada described this change in the following terms in the current version of the Guidance Document [at pages 17–18]:

When a manufacturer of a currently marketed drug licenses another manufacturer to sell the identical drug in Canada under a different name, the licensee is required to file an administrative drug submission and such a submission must be cross-referenced to the licensor's drug submission. Under the previous requirements, drug manufacturers who submitted administrative drug submissions pursuant to a licensing agreement triggered the application of section 5 of the *PM(NOC) Regulations*.

While compliance with section 5 is appropriate for most new drug submissions approved on the basis of a direct or indirect comparison or reference to an innovative drug, such compliance becomes redundant, for example, in the case where an administrative drug submission is approved on the basis of a

tenu de se conformer à l'article 5 du Règlement sur les MBAC. Dans ces circonstances, cela, par ricochet, permettait à la société innovatrice détenant les brevets inscrits du médicament en cause de bénéficier des articles 6 et 7 du Règlement sur les MBAC.

[32] Plus précisément, ces droits étaient antérieurement dévolus à une société innovatrice dont les brevets étaient inscrits au registre des brevets dans n'importe quelle circonstance mettant en cause l'octroi d'une licence d'un fabricant de médicaments génériques à un autre, sauf dans les cas où la société innovatrice avait déjà perdu une demande d'interdiction pour des motifs semblables devant la Cour, relativement au médicament produit par le premier fabricant de produits génériques. Si cela s'était produit, le principe de l'abus de procédure, prévu à l'alinéa 6(5)b) du Règlement sur les MBAC, aurait empêché la société innovatrice de remettre en litige les mêmes allégations à l'encontre du second fabricant de médicaments génériques (voir, à cet égard, l'arrêt *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Ltée*, 2007 CAF 163, [2008] 1 R.C.F. 174).

[33] À la suite du changement contesté qu'il a apporté à la Ligne directrice, Santé Canada n'impose plus l'obligation de se conformer à l'article 5 du Règlement sur les MBAC aux preneurs de licence qui obtiennent une licence d'un autre fabricant de médicaments génériques en vue de mettre sur le marché un médicament identique à celui que produit un concédant auquel un AC a été délivré. Santé Canada a décrit ce changement de la manière suivante, dans la version actuellement en vigueur de la Ligne directrice [aux pages 19 et 20] :

Lorsque le fabricant d'un médicament actuellement commercialisé autorise un autre fabricant à vendre le même médicament au Canada sous un nom différent, le preneur de licence est tenu de déposer une présentation administrative de drogue, laquelle doit renvoyer à la présentation de drogue déposée par le concédant. Selon les exigences antérieures, les fabricants de médicaments qui déposaient une présentation administrative de drogue en vertu d'un contrat de licence déclenchaient l'application de l'article 5 du *Règlement*.

Bien que la conformité à l'article 5 convienne à la plupart des présentations de drogues nouvelles dont l'approbation repose sur une comparaison directe ou indirecte ou d'un renvoi à une drogue innovatrice, celle-ci devient redondante lorsqu'une présentation administrative de drogue est approuvée compte

cross-reference to a previously submitted new drug submission (NDS) or ANDS, which in turn was approved on the basis of a direct or indirect comparison or reference to an innovative drug. Requiring a licensee, who seeks approval to sell the identical drug in Canada as that of the licensor under a different name, to re-address patents already addressed by the licensor in its submission is not specifically required under section 5 of the *PM(NOC) Regulations*.

Under the current requirements, only the originating NDS or originating ANDS (i.e. the licensor's drug submission) which directly or indirectly compares the drug with, or makes reference to, another drug marketed in Canada under an NOC issued to a first person, triggers the application of section 5 of the *PM(NOC) Regulations* and, as such, the licensor must address any patents listed on the Patent Register in respect of the innovative product.

[34] Health Canada provided advance notice to affected parties of its intent to change the Guidance Document in this fashion and invited comments from interested parties. Pfizer made no complaints about the proposed changes, and there is no suggestion that it was not aware of them.

### III. The Background to this Application

[35] Having reviewed the relevant regulatory provisions and policy documents, I turn now to discuss the background to the present judicial review application.

[36] In this regard, Pfizer sells exemestane, a breast cancer drug, in Canada under the brand name AROMASIN. Since May 18, 2006, the patent register has listed Patent No. 2409059 (the '059 patent) against AROMASIN. The '059 patent expires on April 25, 2021.

#### A. *The first NOC to Teva*

[37] On May 22, 2012, a generic company called Generic Medical Partners Inc. (GMP) filed an ANDS with the Minister seeking approval to market 25 mg exemestane tablets under the trade-name MED-EXEMESTANE.

tenu d'un renvoi à une présentation de drogue nouvelle (PDN) ou à une PADN déposée antérieurement, qui, pour sa part, a été approuvée à partir d'une comparaison directe ou indirecte ou d'un renvoi ou à une drogue innovatrice. Un preneur de licence qui veut obtenir l'autorisation de vendre au Canada le même médicament qu'un concédant sous un nom distinct n'a pas besoin de tenir compte une fois de plus des brevets déjà pris en considération par le concédant, car cela n'est pas expressément requis en vertu de l'article 5 du *Règlement*.

Aux termes des exigences actuelles, seule la PDN ou la PADN d'origine (c.-à-d. la présentation de drogue déposée par le concédant) qui repose sur une comparaison directe ou indirecte ou un renvoi à une autre drogue commercialisée au Canada conformément à un AC délivré à une première personne entraîne l'application de l'article 5 du *Règlement*. À ce titre, le concédant doit tenir compte des brevets inscrits au registre des brevets en ce qui concerne le produit innovateur.

[34] Santé Canada a informé au préalable les parties visées de son intention de changer ainsi la Ligne directrice et il a invité les parties intéressées à lui faire part de leurs commentaires. Pfizer n'a formulé aucune plainte au sujet des changements proposés, et rien n'indique qu'elle les ignorait.

### III. Le contexte de la présente demande

[35] Après avoir passé en revue les dispositions réglementaires et les politiques applicables, j'examinerai maintenant le contexte dans lequel s'inscrit la présente demande de contrôle judiciaire.

[36] À cet égard, Pfizer vend au Canada l'exémestane, un médicament contre le cancer du sein, sous le nom de marque AROMASIN. Depuis le 18 mai 2006, le registre des brevets fait état du brevet n° 2409059 (le brevet '059) à l'égard de l'AROMASIN. Ce brevet '059 expire le 25 avril 2021.

#### A. *Le premier AC délivré à Teva*

[37] Le 22 mai 2012, un fabricant de médicaments génériques appelé Generic Medical Partners Inc. (GMP) a déposé une PADN auprès du ministre en vue d'obtenir l'autorisation de mettre sur le marché des comprimés d'exémestane de 25 mg sous le nom de marque MED-EXEMESTANE.

[38] On June 27, 2012, GMP sent Pfizer an NOA with respect to the drug CRESTOR (rosuvastatin calcium), which is not marketed by Pfizer but, rather, by another innovator company, AstraZeneca Canada Inc. It seems that GMP meant to serve Pfizer with an NOA for AROMASIN but accidentally sent the wrong one.

[39] Health Canada issued an NOC for exemestane to GMP on June 10, 2013.

[40] On June 18, 2013, Teva filed an administrative drug submission with Health Canada seeking approval to market exemestane tablets under the trade-name TEVA-EXEMESTANE. Health Canada granted an NOC to Teva on July 4, 2013.

[41] On July 10, 2013, Pfizer discovered that NOCs had been issued to GMP and Teva for exemestane. On August 10, 2013, Pfizer commenced an application for judicial review in this Court seeking to quash the NOC issued to Teva (in Court File T-1321-13).

[42] On August 13, 2013, GMP sent a letter to the Office of Patented Medicines and Liaison (OPML) at Health Canada indicating that it had sent the wrong NOA to Pfizer. On August 14, 2013, Health Canada informed GMP and Teva that the NOCs issued to them in respect of exemestane should not have been issued and would be rescinded. Consequently, Pfizer discontinued its judicial review application in Court File T-1321-13.

[43] As a result of these proceedings, Pfizer was put on notice of the likelihood that GMP would license Teva to produce exemestane under Teva's label if GMP were issued an NOC for its version of the drug. Teva is engaged in the Canadian market as a marketer of generic drugs but GMP is not.

*B. The second NOC to GMP and Teva*

[44] On August 16, 2013, Pfizer received an NOA from GMP with respect to the '059 patent. Pfizer chose not to commence a prohibition application against GMP,

[38] Le 27 juin 2012, GMP a envoyé à Pfizer un AA concernant un médicament appelé CRESTOR (une rosuvastatine calcique), qui n'est pas commercialisé par Pfizer mais plutôt par une autre société innovatrice, AstraZeneca Canada Inc. Il semble que GMP voulait signifier à Pfizer un AA concernant l'AROMASIN mais qu'elle a envoyé par erreur le mauvais AA.

[39] Santé Canada a délivré à GMP un AC concernant l'exémestane le 10 juin 2013.

[40] Le 18 juin 2013, Teva a déposé une présentation administrative de drogue auprès de Santé Canada en vue d'obtenir l'autorisation de mettre sur le marché des comprimés d'exémestane sous le nom de marque TEVA-EXEMESTANE. Santé Canada lui a accordé un AC le 4 juillet 2013.

[41] Le 10 juillet 2013, Pfizer a découvert que des AC concernant l'exémestane avaient été délivrés à GMP et à Teva. Le 10 août suivant, Pfizer a présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour en vue de faire annuler l'AC délivré à Teva (dans le dossier portant le numéro de la Cour T-1321-13).

[42] Le 13 août 2013, GMP a envoyé une lettre au Bureau des médicaments brevetés et de la liaison (BMBL) de Santé Canada pour dire qu'elle avait envoyé à Pfizer le mauvais AA. Le 14 août 2013, Santé Canada a informé GMP et Teva que les AC qui leur avaient été délivrés au sujet de l'exémestane n'auraient pas dû l'être et qu'ils allaient être annulés. Pfizer a donc abandonné sa demande de contrôle judiciaire portant le numéro (dossier de la Cour n° T-1321-13).

[43] Du fait de ces procédures, Pfizer a été avisée de la probabilité que GMP accorde à Teva une licence pour produire l'exémestane sous l'étiquette de Teva si GMP obtenait un AC pour sa version de ce médicament. Teva est active sur le marché canadien à titre de distributrice de médicaments génériques, mais pas GMP.

*B. Le second AC délivré à GMP et à Teva*

[44] Le 16 août 2013, Pfizer a reçu de GMP un AA concernant le brevet '059. Pfizer a décidé de ne pas déposer une demande d'interdiction contre GMP, et elle

and claims that it made this choice because GMP does not sell products in Canada.

[45] On October 1, 2013, Health Canada issued a new NOC to GMP for exemestane. An excerpt from Health Canada's database shows that Health Canada determined the Canadian reference product for GMP's second NOC was AROMASIN.

[46] On October 1, 2013, Health Canada also issued an NOC to Teva with respect to exemestane. The print-out from Health Canada's Drug Submission Tracking System that Health Canada filed as part of the tribunal record in this matter shows that Teva filed an administrative ANDS with Health Canada, based on a licensing agreement with GMP, and that Health Canada determined the Canadian reference product for Teva's NOC was AROMASIN. The NOC issued to Teva also shows AROMASIN as the Canadian reference product.

#### IV. The Parties' Positions

[47] Pfizer submits that the Minister of Health was prohibited from issuing the NOC to Teva under the PMNOC Regulations, arguing that both the clear wording of the regulations and the decided authorities support its position as Teva made a comparison to AROMASIN in its submission, thereby falling within the scope of subsection 5(1) of the PMNOC Regulations. Although the administrative submission Teva made was not filed, the NOC issued by the Minister of Health names AROMASIN as the Canadian reference Product, which Pfizer says shows that Teva either directly or indirectly compared its product to AROMASIN. It submits that under the clear wording of subsection 5(1) of the PMNOC Regulations, Teva was required to serve it with an NOA because its submission made such a comparison. As it failed to do so, Pfizer says that the Minister of Health was prohibited from issuing the NOC by virtue of the combined effect of subsections 7(1) and 5(1) of the PMNOC Regulations.

[48] Pfizer submits that in reviewing the Minister's decision to issue the NOCs, the Court should apply the correctness standard of review. It points to several

soutient avoir pris cette décision parce que GMP ne vend pas de produits au Canada.

[45] Le 1<sup>er</sup> octobre 2013, Santé Canada a délivré un nouvel AC à GMP au sujet de l'exémestane. Il ressort d'un extrait de la base de données de Santé Canada que celui-ci a conclu que le produit de référence canadien concernant le second AC de GMP était l'AROMASIN.

[46] Le 1<sup>er</sup> octobre 2013, Santé Canada a également délivré un AC à Teva au sujet de l'exémestane. Selon l'imprimé du Système de gestion des présentations de drogue de Santé Canada que celui-ci a déposé dans le cadre du dossier du tribunal dans la présente affaire, Teva a déposé une PADN administrative auprès de Santé Canada, en se fondant sur un contrat de licence conclu avec GMP, et Santé Canada a conclu que le produit de référence canadien pour ce qui était de l'AC de Teva était l'AROMASIN. L'AC délivré à Teva indique aussi que l'AROMASIN est le produit de référence canadien.

#### IV. Les positions des parties

[47] Pfizer soutient qu'il était interdit au ministre de la Santé de délivrer l'AC à Teva en vertu du Règlement sur les MBAC, faisant valoir que le libellé clair de ce dernier et la jurisprudence étaient sa position car Teva a fait une comparaison avec l'AROMASIN dans sa présentation, ce qui la fait tomber sous le coup du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC. La présentation administrative que Teva a déposée n'a pas été produite, mais l'AC que le ministre de la Santé a délivré mentionne l'AROMASIN comme produit de référence canadien, ce qui montre, d'après Pfizer, que Teva a comparé directement ou indirectement son produit à l'AROMASIN. Elle soutient que selon le libellé clair du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC, Teva était tenue de lui signifier un AA parce que sa présentation faisait une telle comparaison. Pfizer dit que comme Teva ne l'a pas fait, il était interdit au ministre de la Santé de délivrer l'AC en raison de l'effet conjugué des paragraphes 7(1) et 5(1) du Règlement sur les MBAC.

[48] Pfizer soutient que pour soumettre à un contrôle la décision prise par le ministre de délivrer les AC, la Cour devrait appliquer la norme de la décision correcte.



cases in support of this assertion, where this Court and the Federal Court of Appeal have applied the correctness standard to similar decisions. It concedes, though, that these authorities predate several of the recent pronouncements by the Supreme Court of Canada on standard of review issues which mandate a greater degree of deference to administrative decision makers' decisions.

[49] Pfizer argues in the alternative that even if the reasonableness standard of review is applied by reason of the recent Supreme Court jurisprudence, Pfizer nonetheless should be afforded the remedies it seeks because the Minister's interpretation of the PMNOC Regulations is unreasonable in light of their clear wording.

[50] Counsel for the Minister of Health submitted as a preliminary matter that the Attorney General should be added as a respondent. None of the other parties takes issue with this and the style of cause will accordingly be amended to add the Attorney General as a respondent. For simplicity's sake I term the governmental respondents in these reasons the "Attorney General".

[51] On the merits of the application, counsel for the Attorney General, who carried the argument in response, submits that the recent standard of review jurisprudence requires that the reasonableness standard be applied to the review of the Minister's decision to issue an NOC to Teva because the decision was premised on the interpretation of the PMNOC Regulations, which she argues are the Minister of Health's "home territory". More specifically, counsel argued that under the recent jurisprudence from the Supreme Court of Canada and some of the case law from the Federal Court of Appeal, decisions like the present—that involve interpretation of an administrative decision maker's home statute or regulation—must be afforded deference. Counsel for the Attorney General in addition submits that officials at the OPML possess significant expertise in the interpretation of the PMNOC Regulations, which this Court lacks, providing another reason why the applicable standard of review should be reasonableness. She also says that the change in

À l'appui de cette affirmation, elle invoque plusieurs affaires dans lesquelles la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont appliqué cette norme à des décisions semblables. Elle admet toutefois que ces affaires sont antérieures à plusieurs déclarations récentes de la Cour suprême du Canada sur des questions relatives à la norme de contrôle applicable, qui exigent que l'on fasse preuve de plus de déférence à l'égard des décisions de décideurs administratifs.

[49] Pfizer fait valoir, subsidiairement, que même si l'on applique la norme de contrôle de la raisonabilité du fait de la jurisprudence récente de la Cour suprême, elle devrait néanmoins avoir droit aux réparations qu'elle sollicite car l'interprétation que fait le ministre du Règlement sur les MBAC est déraisonnable à la lumière de son libellé clair.

[50] L'avocate du ministre de la Santé a fait valoir à titre préliminaire qu'il faudrait ajouter le procureur général à titre de défendeur. Aucune des autres parties ne s'y oppose et l'intitulé sera donc modifié de façon à y ajouter le procureur général à titre de défendeur. Par souci de simplicité, je désigne les défendeurs gouvernementaux sous le nom de « procureur général » dans les présents motifs.

[51] Pour ce qui est du fond de la demande, l'avocate du procureur général, qui a présenté la plaidoirie en réponse, soutient que la jurisprudence récente au sujet de la norme de contrôle applicable exige que l'on applique la norme de la raisonabilité au contrôle de la décision prise par le ministre de délivrer un AC à Teva car cette décision a été fondée sur l'interprétation du Règlement sur les MBAC qui, soutient-elle, est le [TRADUCTION] « territoire propre » du ministre de la Santé. Plus précisément, ajoute-t-elle, selon la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada et de certains arrêts jurisprudentiels de la Cour d'appel fédérale, il y a lieu de faire preuve de déférence à l'égard des décisions telles que la présente — qui mettent en cause l'interprétation d'une loi ou d'un règlement constitutifs d'un décideur administratif. Elle soutient par ailleurs que les fonctionnaires du BMBL jouissent d'une expertise considérable sur le plan de l'interprétation du Règlement sur les MBAC, une expertise que la Cour n'a pas, ce qui est une



interpretation of the PMNOC Regulations, reflected in the impugned amendments to the Guidance Document, represents policy choices made by the Minister of Health, which should be afforded deference.

[52] The Attorney General also argues that the PMNOC Regulations allow for two reasonable interpretations as to whether a licensee like Teva needs to comply with subsection 5(1) of the PMNOC Regulations, particularly when one applies a purposive approach to interpretation. In this regard, the Attorney General says that the PMNOC Regulations exist to balance the rights of patentees, generic companies and the public so as to afford patentees the opportunity to protect their patents while ensuring the entry onto the market of cheaper generic versions of a drug as soon as possible. When read in this light, the PMNOC Regulations do not require Teva to address the '059 patent, according to the Attorney General, because Pfizer had the opportunity to protect its rights to the '059 patent and could have commenced a prohibition application when GMP served it with an NOA, particularly as it should have realized that GMP was likely to issue a licence to Teva. Thus, according to counsel for the Attorney General, it was not necessary that Pfizer receive an NOA from Teva as Pfizer was given but declined to take up the opportunity to protect its rights to the '059 patent when it received the NOA from GMP for its exemestane product. In addition, the Attorney General says that the equities of the situation should weigh heavily in favour of the respondents as the current interpretation afforded to the PMNOC Regulations by the Minister of Health fully protects innovator companies' patent rights and avoids unnecessary administrative burdens.

[53] In the alternative, the Attorney General argues that the current interpretation afforded to the PMNOC Regulations by the Minister of Health is correct and that this application should therefore be dismissed.

autre raison pour laquelle la norme de contrôle applicable devrait être la raisonnable. Elle ajoute que le changement d'interprétation du Règlement sur les MBAC, lequel se reflète dans les modifications contestées que l'on a apportées à la Ligne directrice, représente des choix de politique que le ministre de la Santé a faits et à l'égard desquels il convient de faire preuve de déférence.

[52] Le procureur général soutient en outre que le Règlement sur les MBAC donne lieu à deux interprétations raisonnables quant au fait de savoir si un preneur de licence comme Teva est tenu de se conformer au paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC, surtout si l'on applique une approche téléologique à son interprétation. À cet égard, il dit que le Règlement sur les MBAC a pour objet de mettre en équilibre les droits des brevetés, des fabricants de médicaments génériques et du grand public de façon à donner aux brevetés la possibilité de protéger leurs brevets tout en garantissant l'entrée sur le marché, le plus rapidement possible, de versions génériques moins coûteuses d'un médicament. Vu sous cet angle, le Règlement sur les MBAC n'oblige pas Teva à traiter du brevet '059, selon le procureur général, car Pfizer a eu la possibilité de protéger ses droits afférents au brevet '059 et elle aurait pu déposer une demande d'interdiction quand GMP lui a signifié un AA, d'autant plus qu'elle aurait dû se rendre compte que GMP allait probablement délivrer une licence à Teva. Selon l'avocate du procureur général, il n'était donc pas nécessaire que Pfizer reçoive un AA de Teva car Pfizer a eu la possibilité de protéger ses droits relatifs au brevet '059 quand elle a reçu l'AA de GMP pour son exemestane, mais elle ne s'en est pas prévalu. De plus, le procureur général dit que les considérations d'équité de la situation devraient faire pencher fortement la balance en faveur des défendeurs car l'interprétation que fait actuellement le ministre de la Santé du Règlement sur les MBAC protège entièrement les droits de brevet des sociétés innovatrices et évite les contraintes administratives inutiles.

[53] Le procureur général soutient, subsidiairement, que la manière dont le ministre de la Santé interprète actuellement le Règlement sur les MBAC est correcte et qu'il y a donc lieu de rejeter la présente demande.

#### V. The Issues and Summary of the Conclusions Reached

[54] As is apparent from the foregoing, the first issue that must be determined is whether the correctness or reasonableness standard is to be applied to the review of the Minister of Health's decision to award an NOC to Teva. Implicit in this decision is the adoption by the Minister of the new interpretation of the PMNOC Regulations, set out in the amendments to the Guidance Document. Thus, determination of the appropriate standard of review requires assessment of the standard applicable to the Minister's interpretation of the PMNOC Regulations.

[55] For the reasons more fully set out below, I have concluded that the correctness standard is applicable to this decision and interpretation, despite the recent case law of the Supreme Court of Canada which mandates a greater degree of deference by reviewing courts. I have so concluded because the relevant regulatory and statutory context indicates that the interpretation of the PMNOC Regulations is not a matter in respect of which the Minister of Health (or more accurately officials in the OPML at Health Canada) are to be afforded deference.

[56] Selection of the appropriate standard of review in this case determines the outcome as I agree with the Attorney General that there is more than one reasonable interpretation of the PMNOC Regulations. However, there is only one correct interpretation and, as is more fully discussed below, under that interpretation the Minister was prevented from issuing the impugned NOC to Teva as subsections 5(1) and 7(1) of the PMNOC Regulations prevent this.

#### VI. The Appropriate Standard of Review

[57] Turning, first, to more fully discuss the standard of review, the parties raise several issues with respect to the principles applicable to the selection of the appropriate standard of review in this case.

#### V. Les questions en litige et un sommaire des conclusions tirées

[54] Comme il ressort de ce qui précède, la première question à trancher consiste à savoir s'il convient d'appliquer la norme de la décision correcte ou celle de la raisonabilité au contrôle judiciaire de la décision prise par le ministre de la Santé d'accorder un AC à Teva. Un élément implicite de cette décision est l'adoption, par le ministre, de la nouvelle interprétation du Règlement sur les MBAC, qui est exposée dans les modifications apportées à la Ligne directrice. La détermination de la norme de contrôle appropriée oblige donc à évaluer la norme qui s'applique à l'interprétation que fait le ministre du Règlement sur les MBAC.

[55] Pour les raisons exposées plus en détail ci-après, j'ai conclu que c'est la norme de la décision correcte qui s'applique à cette décision et à cette interprétation, malgré la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada, qui oblige les cours de révision à faire preuve de plus de déférence. Si je suis arrivée à cette conclusion c'est que le contexte législatif et réglementaire applicable dénote que l'interprétation du Règlement sur les MBAC n'est pas une question pour laquelle il y a lieu de faire preuve de déférence envers le ministre de la Santé (ou, pour être plus précis, les agents du BMBL de Santé Canada).

[56] C'est le choix de la norme de contrôle qui s'applique en l'espèce qui déterminera l'issue car je conviens avec le procureur général qu'il y a plus d'une interprétation raisonnable du Règlement sur les MBAC. Il n'y a toutefois qu'une seule interprétation correcte et, comme nous le verrons plus en détail ci-après, d'après cette interprétation le ministre ne pouvait pas délivrer à Teva l'AC contesté car les paragraphes 5(1) et 7(1) du Règlement sur les MBAC empêchent de le faire.

#### VI. La norme de contrôle applicable

[57] Pour ce qui est tout d'abord d'une analyse plus détaillée de la norme de contrôle, les parties soulèvent plusieurs questions quant aux principes qui s'appliquent au choix de la norme de contrôle qui convient en l'espèce.

[58] First, they differ as to whether the jurisprudence of this Court and of the Federal Court of Appeal, previously applying a correctness standard to decisions of the Minister of Health under the PMNOC Regulations, settles the question because that jurisprudence predates much of the recent case law from the Supreme Court of Canada and several recent decisions from the Federal Court of Appeal, mandating increased deference to administrative decision makers' decisions. Pfizer argues that despite this, the previous decisions under the PMNOC Regulations are binding and that I am therefore required to apply a correctness standard to the review of the Minister's decision in this case. The Attorney General argues the converse.

[59] Second, the parties differ as to the impact of the fact that the decision maker in this case is the Minister of Health (through officials at the OPML) as opposed to an administrative tribunal. Pfizer argues that in light of the decisions of the Federal Court of Appeal in *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2003 FCA 24, [2003] 3 F.C. 140 (*Tazidime*), at paragraph 5 and *Takeda Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2013 FCA 13, [2014] 3 F.C.R. 70 (*Takeda*), at paragraphs 26–30, ministers and ministerial delegates are not to be afforded deference in respect of their interpretations of the statutory provisions they are applying. The respondents disagree and note that this line of authority from the Federal Court of Appeal is not unanimous and say that in any event it has been foreclosed by the decisions of the Supreme Court of Canada in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 (*Agraira*) and *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135 (*CN*). They therefore argue that the identity of the decision maker in this case does not necessarily mandate the selection of the correctness standard of review.

[60] Finally, the parties differ as to the impact of the decision of the Supreme Court of Canada in *CN*, a recent authority on standard of review issues. The Attorney General submits that in *CN* the Supreme Court held that

[58] Premièrement, elles divergent d'opinion sur le fait de savoir si la jurisprudence de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale, dans laquelle on a appliqué antérieurement la norme de la décision correcte aux décisions prises par le ministre de la Santé sous le régime du Règlement sur les MBAC, règle la question car cette jurisprudence date d'avant une bonne partie de la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada ainsi que plusieurs arrêts récents de la Cour d'appel fédérale, qui prescrivent de faire preuve de plus de déférence envers les décisions que rendent les décideurs administratifs. Pfizer soutient que malgré cela les décisions qui ont été rendues antérieurement sous le régime du Règlement sur les MBAC ont force exécutoire et qu'il me faut donc appliquer la norme de la décision correcte au contrôle de la décision du ministre dont il est ici question. Le procureur général soutient l'inverse.

[59] Deuxièmement, les parties divergent d'opinion sur l'incidence du fait que, dans la présente affaire, le décideur est le ministre de la Santé (par l'entremise de fonctionnaires du BMBL), par opposition à un tribunal administratif. Pfizer soutient qu'au vu des décisions que la Cour d'appel fédérale a rendues dans les affaires *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CAF 24, [2003] 3 C.F. 140 (*Tazidime*), au paragraphe 5, et *Takeda Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2013 CAF 13, [2014] 3 R.C.F. 70 (*Takeda*), aux paragraphes 26 à 30, il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence envers les ministres et leurs délégués pour ce qui est de la manière dont ils interprètent les dispositions législatives qu'ils appliquent. Les défendeurs ne sont pas d'accord et signalent que cette jurisprudence de la Cour d'appel fédérale n'est pas unanime et que, de toute façon, la Cour suprême du Canada l'a écartée dans deux arrêts : *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 (*Agraira*) et *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135 (*CN*). Ils sont donc d'avis que l'identité du décideur en l'espèce n'oblige pas forcément à choisir la norme de la décision correcte.

[60] Enfin, les parties divergent d'opinion sur l'incidence de la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l'affaire *CN*, une source récente sur les questions liées à la norme de contrôle applicable. Le

the reasonableness standard is always applicable whenever an administrative decision maker interprets its constituent statute or regulation or a statute or regulation that is closely connected with its function, unless the decision falls into one of four exceptions, being decisions involving a true question of jurisdiction, a question of law of general importance to the legal system as a whole and outside the expertise of the decision maker, determination of the respective jurisdiction of two or more administrative tribunals or a constitutional issue. The Attorney General therefore argues that it is no longer appropriate to have regard to the contextual factors mentioned in previous decisions as being relevant to the selection of the standard of review, namely, the presence or absence of a privative clause, the nature of the decision maker and the assessment of its expertise in respect of the question at issue as compared to the Court's expertise on the issue. Pfizer disagrees and asserts that these factors continue to be relevant and in this case point to the selection of the correctness standard of review.

A. *The Impact of the Previous Case Law applying a Correctness Standard to the Review of Decisions of the Minister of Health under the PMNOC Regulations*

[61] Insofar as concerns the first of these arguments, as Pfizer correctly notes, this Court and the Federal Court of Appeal have previously overturned decisions of the Minister of Health under the PMNOC Regulations and in so doing have afforded no deference to the Minister's decisions. For example, in *Nu-Pharm 1*, both this Court and the Federal Court of Appeal overturned a decision of the Minister issuing an NOC to a generic company that had compared its product to that of another generic company without serving an NOA on the patentee. In overturning the decision to issue the NOC in that case, the Courts held that the Minister had incorrectly interpreted the requirements of sections 5 and 7 of the PMNOC Regulations and therefore set the decision aside. A similar determination was made in *Merck & Co., Inc. v. Canada (Attorney General)*, 1999 CanLII

procureur général soutient que, dans l'arrêt *CN*, la Cour suprême a conclu que la norme de la raisonnable s'applique systématiquement, chaque fois qu'un décideur administratif interprète sa loi ou son règlement constitutifs ou une loi ou un règlement qui sont étroitement liés à son mandat, sauf si la décision correspond à l'une des quatre exceptions suivantes : la décision met en cause une véritable question de compétence, une question de droit d'importance générale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise du décideur, la détermination de la compétence respective de deux tribunaux administratifs ou plus ou une question de nature constitutionnelle. Le procureur général soutient donc qu'il n'est plus approprié de considérer que les facteurs contextuels mentionnés dans des décisions antérieures sont pertinents quant au choix de la norme de contrôle, soit la présence ou l'absence d'une clause privative, la nature du décideur et l'évaluation de l'expertise de ce dernier à l'égard de la question en litige par rapport à la propre expertise connexe de la Cour. Pfizer n'est pas de cet avis; elle affirme que ces facteurs demeurent pertinents et qu'en l'espèce ils dénotent que la norme de contrôle à choisir est la décision correcte.

A. *L'incidence de la jurisprudence antérieure appliquant la norme de la décision correcte au contrôle des décisions que rend le ministre de la Santé sous le régime du Règlement sur les MBAC*

[61] Pour ce qui est du premier de ces arguments, comme Pfizer le signale avec raison, la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont déjà infirmé des décisions rendues par le ministre de la Santé sous le régime du Règlement sur les MBAC et, ce faisant, elles ne leur ont accordé aucune déférence. Par exemple, dans l'affaire *Nu-Pharm 1*, tant la Cour fédérale que la Cour d'appel fédérale ont infirmé une décision par laquelle le ministre avait délivré un AC à un fabricant de médicaments génériques qui avait comparé son produit à celui d'un autre fabricant de médicaments génériques sans signifier un AA au breveté. En infirmant la décision de délivrer l'AC dans cette affaire, les deux Cours ont conclu que le ministre avait interprété de manière inexacte les exigences des articles 5 et 7 du Règlement sur les MBAC et elles ont donc annulé la décision. Une conclusion

9090, 176 F.T.R. 21 (F.C.T.D.), affd 2000 CanLII 15094, 5 C.P.R. (4th) 138 (F.C.A.) (*Nu-Pharm 2*). Both *Nu-Pharm* cases involved situations similar to the present.

[62] The correctness standard has likewise previously been applied in the review of other types of decisions made by the Minister of Health under the PMNOC Regulations (see in this regard *Tazidime*, at paragraph 5; *AstraZeneca*, at paragraph 25; *Takeda*, at paragraphs 26–30).

[63] Pfizer argues that the foregoing authorities mandate that the correctness standard of review be applied in this case as the decisions of the [Federal] Court of Appeal are binding on me and have settled the issue. Pfizer notes that in the seminal decision of *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), where the Supreme Court of Canada laid out the current approach to standard of review issues, the Court held that a full standard of review analysis is not required in circumstances where the previous jurisprudence has satisfactorily settled the applicable standard to be applied. Pfizer points to paragraphs 57 and 62 in *Dunsmuir*, where Justices LeBel and Bastarache, who wrote for the Court, stated as follows:

An exhaustive review is not required in every case to determine the proper standard of review. Here again, existing jurisprudence may be helpful in identifying some of the questions that generally fall to be determined according to the correctness standard (*Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 S.C.R. 672, 2004 SCC 26). This simply means that the analysis required is already deemed to have been performed and need not be repeated.

...

... the process of judicial review involves two steps. First, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of defence to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review.

semblable a été tirée dans l'affaire *Merck & Co., Inc. c. Canada (Procureur général)*, 1999 CanLII 9090 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), conf. par 2000 CanLII 15094 (C.A.F.) (*Nu-Pharm 2*). Les deux affaires *Nu-Pharm* portaient sur des situations semblables à celles dont il est question en l'espèce.

[62] La norme de la décision correcte a, de la même façon, été appliquée antérieurement dans le cadre du contrôle d'autres types de décisions que le ministre de la Santé avait rendues sous le régime du Règlement sur les MBAC (voir à cet égard les affaires *Tazidime*, au paragraphe 5; *AstraZeneca*, au paragraphe 25; *Takeda*, aux paragraphes 26 à 30).

[63] Pfizer soutient que les décisions jurisprudentielles qui précèdent prescrivent qu'il convient d'appliquer la norme de la décision correcte en l'espèce parce que je suis liée par les arrêts de la Cour d'appel [fédérale] et que ces derniers ont tranché la question. Pfizer signale que dans l'arrêt clé *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), où la Cour suprême du Canada a exposé l'approche actuelle vis-à-vis des questions relatives à la norme de contrôle applicable, la Cour a conclu qu'il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse détaillée de la norme de contrôle dans les cas où la jurisprudence a réglé de manière satisfaisante la norme qu'il convient d'appliquer. Pfizer souligne les paragraphes 57 et 62 de l'arrêt *Dunsmuir*, dans lesquels les juges LeBel et Bastarache, s'exprimant au nom de la Cour, ont écrit ceci :

Il n'est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle. Là encore, la jurisprudence peut permettre de cerner certaines des questions qui appellent généralement l'application de la norme de la décision correcte (*Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 R.C.S. 672, 2004 CSC 26). En clair, l'analyse requise est réputée avoir déjà eu lieu et ne pas devoir être reprise.

[...]

[...] le processus de contrôle judiciaire se déroule en deux étapes. Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle.



[64] Pfizer says that in application of the foregoing, the correctness standard must be applied to the decision of the Minister in this case as the jurisprudence has settled that this is the standard of review applicable to ministerial decisions to issue NOCs under the PMNOC Regulations.

[65] The Attorney General disagrees and argues that the forgoing passages in *Dunsmuir* must be read in light of the subsequent jurisprudence from the Supreme Court of Canada. The Attorney General asserts that this subsequent case law makes it clear that there is at least a presumption that the reasonableness standard should be applied whenever an administrative decision-maker interprets its constituent statute or regulation or a statute or regulation closely connected with its function, unless the decision involves a constitutional issue, a question of general importance for the legal system as a whole that is outside the decision maker's expertise, the division of jurisdiction between two or more administrative tribunals or a true question of jurisdiction. In support of this argument, the Attorney General relies on *Dunsmuir*, at paragraphs 55 and 60, *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (*Alberta Teachers*), at paragraph 39 and *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895 (*McLean*), at paragraph 33.

[66] In light of these pronouncements from the Supreme Court of Canada subsequent to *Dunsmuir*, the Attorney General says that pre-*Dunsmuir* case law mandating the correctness standard of review cannot be said to satisfactorily settle that the correctness standard is applicable where what is at issue is an administrative decision maker's interpretation of its constituent statute or regulations it is called upon to apply.

[67] I agree with the position advanced by the Attorney General on this point as the case law of the Supreme Court of Canada subsequent to *Dunsmuir* makes it clear that the reasonableness standard is presumptively applicable whenever an administrative decision maker interprets its constituent statute or a statute or regulation

[64] Pfizer dit que si l'on applique ce qui précède, c'est à la norme de la décision correcte qu'il convient de soumettre la décision du ministre en l'espèce car la jurisprudence a établi qu'il s'agit là de celle qui s'applique aux décisions ministérielles concernant la délivrance d'AC sous le régime du Règlement sur les MBAC.

[65] Le procureur général ne souscrit pas à cette thèse et il souligne que les passages de l'arrêt *Dunsmuir* qui précèdent doivent être interprétés dans le contexte de la jurisprudence ultérieure de la Cour suprême du Canada. Il affirme que cette jurisprudence ultérieure indique clairement qu'il existe au moins une présomption selon laquelle il faut appliquer la norme de la raisonabilité chaque fois qu'un décideur administratif interprète sa loi ou son règlement constitutifs ou une loi ou un règlement étroitement liés à son mandat, sauf si la décision met en cause une question de nature constitutionnelle, une question d'importance générale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise du décideur, le partage des pouvoirs entre deux tribunaux administratifs ou plus ou une véritable question de compétence. À l'appui de cet argument, le procureur général invoque l'arrêt *Dunsmuir*, aux paragraphes 55 et 60, l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (*Alberta Teachers*), au paragraphe 39, ainsi que l'arrêt *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895 (*McLean*), au paragraphe 33.

[66] Le procureur général ajoute qu'au vu de ces décisions de la Cour suprême du Canada, lesquelles datent d'après l'arrêt *Dunsmuir*, on ne peut pas dire que les arrêts antérieurs à l'arrêt *Dunsmuir* qui obligent à appliquer la norme de la décision correcte établissent de manière satisfaisante que la norme de la décision correcte s'applique dans les cas où la question en litige est l'interprétation que fait un décideur administratif de la loi ou du règlement constitutifs qu'il est appelé à appliquer.

[67] Je souscris à la position que prône le procureur général sur ce point car la jurisprudence de la Cour suprême du Canada qui est postérieure à l'arrêt *Dunsmuir* indique clairement que l'on peut présumer que la norme de la raisonabilité s'applique chaque fois qu'un décideur administratif interprète sa loi constitutive ou une



that is closely connected with its function, unless the decision involves a constitutional issue, a question of general importance for the legal system as a whole that is outside the decision maker's expertise, the division of jurisdiction between two or more administrative tribunals or a true question of jurisdiction.

[68] For example, the deferential standard was applied to the review of: (i) a decision by the Financial Services Tribunal declining to award costs to the appellants out of its pension trust fund on the basis that it lacked the authority to do so (*Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at paragraph 34); (ii) a decision by the Patented Medicine Prices Review Board interpreting its enabling legislation (*Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, at paragraph 34); (iii) the Arbitration Committee's interpretation of a provision in its enabling statute regarding the awarding of costs (*Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160 (*Smith*), at paragraph 28); (iv) the Canadian Human Rights Commission's decision that it had the authority under its enabling legislation to award costs in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (*Mowat*), at paragraphs 15–27; (v) a decision by implication by the Information and Privacy Commissioner of Alberta that it was entitled under its enabling statute to extend the statutory time limit to complete an inquiry (*Alberta Teachers*, at paragraph 30); (vi) an implicit decision by the British Columbia Securities Commission interpreting a limitation provision in its home statute (*McLean*, at paragraphs 21–22); and (vii) a decision of the Governor in Council under the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (*CN*, at paragraph 55).

[69] In each of these cases the Supreme Court wrote broadly, indicating that there is a presumption that the reasonableness standard applies whenever an administrative decision maker interprets its constituent statute or a statute closely related to its function (unless one of the foregoing four exceptions applies). In so doing, the

loi ou un règlement étroitement liés à son mandat, sauf si la décision met en cause une question de nature constitutionnelle, une question d'importance générale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au champ d'expertise du décideur, le partage de compétences entre deux tribunaux administratifs ou plus ou une véritable question de compétence.

[68] Par exemple, la norme de déférence a été appliquée au contrôle des mesures suivantes : i) une décision par laquelle le Tribunal des services financiers avait refusé d'adjudger des dépens aux appelants sur sa caisse de retraite en fiducie au motif qu'il n'était pas habilité à le faire (*Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, au paragraphe 34); ii) une décision par laquelle le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés avait interprété sa loi habilitante (*Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 34); iii) l'interprétation, par le Comité d'arbitrage, d'une disposition de sa loi habilitante concernant l'adjudication de frais (*Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160 (*Smith*), au paragraphe 28); iv) la décision de la Commission canadienne des droits de la personne selon laquelle celle-ci était autorisée par sa loi habilitante à adjudger des dépens (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (*Mowat*), aux paragraphes 15 à 27; v) une décision par déduction du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Alberta, à savoir que sa loi habilitante l'autorisait à proroger le délai prescrit par la loi pour effectuer une enquête (*Alberta Teachers*, au paragraphe 30); vi) une décision implicite de la Commission des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique, interprétant une disposition de prescription figurant dans sa loi constitutive (*McLean*, aux paragraphes 21 et 22); vii) une décision du gouverneur en conseil rendue en vertu de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (*CN*, au paragraphe 55).

[69] Dans chacune de ces affaires, la Cour suprême a rédigé sa décision de manière large, indiquant qu'il existe une présomption selon laquelle la norme de la raisonnable s'applique chaque fois qu'un décideur administrateur interprète sa loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat (sauf si l'une des quatre

Court did not carve out an additional exception for situations where the pre-*Dunsmuir* case law had applied the correctness standard to review of an administrative decision maker's interpretation of its constituent statute or a statute closely related to its function.

[70] In light of these decisions, in my view, one cannot regard case law that predates them and which mandates the selection of correctness standard as necessarily settling the standard of review in a satisfactory way.

[71] Indeed, the Supreme Court of Canada expressly endorsed this conclusion in *Agraira*, where Justice LeBel, writing for the Court, stated as follows (at paragraph 48):

As this Court held in *Dunsmuir*, a court deciding an application for judicial review must engage in a two-step process to identify the proper standard of review. First, it must consider whether the level of deference to be accorded with regard to the type of question raised on the application has been established satisfactorily in the jurisprudence. The second inquiry becomes relevant if the first is unfruitful or if the relevant precedents appear to be inconsistent with recent developments in the common law principles of judicial review. At this second stage, the court performs a full analysis in order to determine what the applicable standard is.

[72] Thus, the decisions in *Nu-Pharm 1* and *Nu-Pharm 2* do not obviate the need for a standard of review analysis in this case because they do not undertake the standard of review analysis mandated in *Dunsmuir* and subsequent Supreme Court of Canada decisions.

#### B. *The Impact of the Identity of the Decision Maker*

[73] On the second argument involving the impact of the decision in this case having been made by the Minister of Health (through officials at the OPML branch at Health Canada), I once again agree with the position of the Attorney General and concur that the identity of the decision maker does not of itself result in

exceptions susmentionnées s'applique). Ce faisant, la Cour n'a pas créé une exception supplémentaire pour des situations dans lesquelles la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Dunsmuir* avait appliqué la norme de la décision correcte au contrôle de l'interprétation, par un décideur administratif, de sa loi constitutive ou d'une loi étroitement liée à son mandat.

[70] Compte tenu de ces décisions, on ne peut pas considérer, selon moi, que la jurisprudence qui leur est antérieure et qui oblige à choisir la norme de la décision correcte règle forcément de manière satisfaisante la question de la norme de contrôle applicable.

[71] En fait, la Cour suprême du Canada a expressément souscrit à cette conclusion dans l'arrêt *Agraira*, où le juge LeBel, s'exprimant au nom de la Cour, a écrit (au paragraphe 48) :

Notre Cour a décidé dans l'arrêt *Dunsmuir* que pour déterminer la norme de contrôle appropriée, la cour saisie d'une demande de contrôle judiciaire doit entreprendre un processus en deux étapes. Premièrement, elle doit vérifier si la jurisprudence établit de manière satisfaisante le degré de retenue correspondant à une catégorie de questions soulevées dans la demande de contrôle judiciaire. La deuxième étape s'applique lorsque cette première démarche se révèle infructueuse ou si la jurisprudence semble devenue incompatible avec l'évolution récente du droit en matière de contrôle judiciaire. À cette deuxième étape, la cour entreprend une analyse complète en vue de déterminer la norme applicable.

[72] C'est donc dire que les décisions rendues dans les affaires *Nu-Pharm 1* et *Nu-Pharm 2* n'éliminent pas la nécessité de procéder à une analyse de la norme de contrôle applicable en l'espèce car elles n'effectuent pas l'analyse relative à la norme de contrôle applicable qui est prescrite dans l'arrêt *Dunsmuir* et dans les décisions ultérieures de la Cour suprême du Canada.

#### B. *L'effet de l'identité du décideur*

[73] Pour ce qui est du second argument concernant l'incidence du fait que, en l'espèce, c'est le ministre de la Santé (par l'entremise de fonctionnaires du BMBL de Santé Canada) qui a pris la décision, je souscris une fois de plus à la position du procureur général et conviens que l'identité du décideur ne mène pas en soi à la

the conclusion that the appropriate standard of review is correctness.

[74] There is a line of authority from the Federal Court of Appeal that holds that the presumptive application of the reasonableness standard is inapplicable when a court is asked to review a decision made by a minister or ministerial delegate under a statutory grant of authority, where the Minister or ministerial delegate has interpreted the statutory provisions being applied. Justice Mainville, writing for the majority in *David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155 (*Suzuki* or *Georgia Strait*) first enunciated this notion in the following terms (at paragraphs 96–99):

[The *Dunsmuir*] analytical framework and this presumption must be understood in the context in which they were developed: they concern adjudicative tribunals. The presumption is derived from the past jurisprudence which had extensively considered the standard of review applicable to the decisions of such tribunals. By empowering an administrative tribunal to adjudicate a matter between parties, Parliament is presumed to have restricted judicial review of that tribunal's interpretation of its enabling statute and of statutes closely connected to its adjudicative functions. That presumption may however be rebutted if it can be found that Parliament's intent is inconsistent with the presumption.

The Minister is inviting this Court to expand the above-described *Dunsmuir* analytical framework and presumption to all administrative decision makers who are responsible for the administration of a federal statute. I do not believe that *Dunsmuir* and the decisions of the Supreme Court of Canada which followed *Dunsmuir* stand for this proposition.

What the Minister is basically arguing is that the interpretation of the SARA and of the *Fisheries Act* favoured by his Department and by the government's central agencies, such as the Department of Justice, should prevail. The Minister thus seeks to establish a new constitutional paradigm under which the Executive's interpretation of Parliament's laws would prevail insofar as such interpretation is not unreasonable. This harks back to the time before the Bill of Rights of 1688 where the Crown reserved the right to interpret and apply Parliament's laws to suit its own policy objectives. It would take a very explicit grant of authority from Parliament in order for this Court to reach such a far-reaching conclusion.

conclusion selon laquelle la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer est la décision correcte.

[74] Il existe une série d'arrêts dans lesquels la Cour d'appel fédérale a conclu que l'on ne peut pas présumer que la norme de la raisonabilité s'applique quand on demande à un tribunal de contrôler une décision rendue par un ministre ou un délégué de ce dernier en vertu d'un pouvoir conféré par une loi, si ce ministre ou ce délégué ont interprété les dispositions législatives appliquées. S'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155 (*Suzuki* ou *Georgia Strait*), le juge Mainville a exposé pour la première fois cette idée en ces termes (aux paragraphes 96 à 99) :

Il faut replacer [le] cadre d'analyse [de *Dunsmuir*] et cette présomption dans le contexte où ils ont été établis : ils s'appliquent aux tribunaux administratifs qui statuent à l'égard d'un litige. La présomption découle de la jurisprudence antérieure, qui avait examiné de manière approfondie la question de la norme de contrôle applicable aux décisions de tels tribunaux. Il est présumé que, en conférant à un tribunal administratif le pouvoir de statuer sur des différends selon une procédure contradictoire, le législateur a restreint le contrôle judiciaire dont est susceptible l'interprétation que donne ce tribunal de sa loi habilitante et des lois étroitement liées à son mandat juridictionnel. Il est cependant possible de réfuter cette présomption en établissant son incompatibilité avec l'intention du législateur.

Le ministre invite notre Cour à étendre le cadre analytique et la présomption de l'arrêt *Dunsmuir* tels que formulés plus haut à l'ensemble des décideurs administratifs chargés de l'application d'une loi fédérale. Or je ne pense pas que ce principe puisse se déduire de l'arrêt *Dunsmuir* ni des arrêts postérieurs de la Cour suprême du Canada.

Le ministre soutient, pour l'essentiel, que l'interprétation de la LEP et de la *Loi sur les pêches* à laquelle souscrivent son ministère et les organismes centraux de l'État, tels que le ministère de la Justice, devrait l'emporter. Il tend ainsi à établir un nouveau paradigme constitutionnel selon lequel l'interprétation donnée par l'exécutif des lois du Parlement prévaudrait à condition de ne pas être déraisonnable. Ce nouveau paradigme nous ramènerait à l'époque qui a précédé le Bill of Rights de 1688, où la Couronne se réservait le droit d'interpréter et d'appliquer les lois du Parlement en fonction de ses propres objectifs politiques. Il faudrait que le Parlement adopte des dispositions très explicites dans ce sens pour que notre Cour prononce une conclusion d'une portée aussi considérable.

The issues in this appeal concern the interpretation of a statute by a minister who is not acting as an adjudicator and who thus has no implicit power to decide questions of law. Of course, the Minister must take a view on what the statute means in order to act. But this is not the same as having a power delegated by Parliament to decide questions of law. The presumption of deference resulting from *Dunsmuir*, which was reiterated in *Alberta Teachers' Association*, at paragraphs 34 and 41, does not extend to these circumstances. The standard of review analysis set out at paragraphs 63 and 64 of *Dunsmuir* must thus be carried out in the circumstances of this case in order to ascertain Parliament's intent.

[75] This approach has been followed by other panels of the Federal Court of Appeal (see e.g. *Tobar Toledo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 226, [2015] 1 F.C.R. 215 (*Toledo*), at paragraph 43 (reasons by Pelletier J.A., concurred by Gauthier and Trudel J.J.A.); *Prescient Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 120, 358 D.L.R. (4th) 541 (*Prescient*), at paragraph 13 (reasons by Mainville J.A., concurred by Gauthier and Pelletier J.J.A.); *Bartlett v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 230, 365 D.L.R. (4th) 743 (*Bartlett*), at paragraph 46 (reasons by Mainville J.A., concurred by Sharlow and Pelletier J.J.A.) and *Sheldon Inwentash and Lynn Factor Charitable Foundation v. Canada*, 2012 FCA 136, 2012 D.T.C. 5090 (*Sheldon*), at paragraphs 18–23 (reasons by Dawson J.A., concurred by Trudel and Stratas J.J.A.)).

[76] In *Takeda*, Justice Dawson writing for the majority stated as follows (at paragraphs 113–116):

Application of the presumption of deference to the Minister's interpretation of the Data Protection Regulations is inconsistent with the prior decision of this Court in *Georgia Strait*.

In my view, any departure from such a recent decision creates unacceptable uncertainty. This is particularly so where, in the present case, the issue was not raised. The parties were in agreement that the applicable standard of review is correctness, no one argued that the presumption of reasonableness applied and no one argued that *Georgia Strait* was improperly decided.

Furthermore, the Supreme Court has in the past applied the correctness standard to such decisions. For example, in *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*,

Les questions en litige dans le présent appel concernent l'interprétation d'une loi par un ministre qui ne statue pas à l'égard d'un litige et qui ne dispose donc pas d'un pouvoir implicite de décider des questions de droit. Bien sûr, le ministre doit se faire une idée de la signification de la loi applicable pour pouvoir agir. Mais cela n'équivaut pas à disposer du pouvoir, délégué par le Parlement, de décider des questions de droit. La présomption de retenue judiciaire découlant de l'arrêt *Dunsmuir*, et réaffirmée aux paragraphes 34 et 41 de l'arrêt *Alberta Teachers' Association*, ne s'applique pas à ce cas. Il faut donc dans la présente affaire effectuer l'analyse relative à la norme de contrôle que prévoient les paragraphes 63 et 64 de *Dunsmuir* afin d'établir l'intention du Parlement.

[75] D'autres formations de la Cour d'appel fédérale ont suivi cette démarche (voir p. ex. *Tobar Toledo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 226, [2015] 1 R.C.F. 215 (*Toledo*), au paragraphe 43 (motifs du juge Pelletier, les juges Gauthier et Trudel y ont souscrit); *Prescient Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 120 (*Prescient*) (motifs du juge Mainville, les juges Gauthier et Pelletier y ont souscrit), au paragraphe 13; *Bartlett c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 230 (*Bartlett*), au paragraphe 46 (motifs du juge Mainville, les juges Sharlow et Pelletier y ont souscrit) et *Sheldon Inwentash and Lynn Factor Charitable Foundation c. Canada*, 2012 CAF 136 (*Sheldon*) (motifs de la juge Dawson, les juges Trudel et Stratas y ont souscrit), aux paragraphes 18 à 23).

[76] Dans l'arrêt *Takeda*, la juge Dawson a écrit ce qui suit au nom de la majorité (aux paragraphes 113 à 116) :

L'application de la présomption de retenue judiciaire à l'interprétation que la ministre donne au Règlement sur la protection des données est incompatible avec l'enseignement de l'arrêt *Georgia Strait*, rendu par notre Cour.

À mon avis, décider de ne pas suivre une jurisprudence aussi récente donne lieu à une incertitude inacceptable. Cela est d'autant plus vrai lorsque, comme en l'espèce, la question n'a pas été soulevée. Il n'a jamais été controversé entre les parties que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte et nulle partie n'a soutenu que la présomption de retenue judiciaire jouait ni que la jurisprudence *Georgia Strait* était mal fondée.

De plus, la Cour suprême a déjà suivi la norme de la décision correcte en ce qui concerne ce genre de décisions. Par exemple, par l'arrêt *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada*

2006 SCC 49, [2006] 2 S.C.R. 560, the Court wrote at paragraph 25:

The outcome of this appeal turns on conflicting interpretations of the *NOC Regulations*. On a question of legal interpretation, the Minister's opinion is not entitled to deference. The Federal Court of Appeal properly found that the standard of review on the point in issue is correctness.

As well, the Supreme Court has, albeit without discussion of the standard of review, applied a correctness review to the Minister of Citizenship and Immigration's interpretation of a provision of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, (*Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539). In *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706, at paragraph 71, the Supreme Court accepted the joint submission of the parties that correctness should be applied to a visa officer's interpretation of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. Under the *Immigration Act*, a "visa officer" was an "immigration officer stationed outside Canada and authorized by order of the Minister [of Citizenship and Immigration] to issue visas" (subsection 2(1) of the *Immigration Act*). A visa officer was, therefore, a delegate of the Minister.

[77] However, as the Attorney General notes, the Federal Court of Appeal has not unanimously adopted the approach enunciated by Justice Mainville in *Suzuki*. For example, Justice Stratas in his dissenting reasons in *Takeda* concluded that the presumption of deference referred to in *Alberta Teachers* should apply not only to decisions made by adjudicative tribunals but also in the context of ministerial decisions. He wrote as follows (at paragraph 33):

I am reluctant to carve out administrative decisions from the *Alberta Teachers' Association* approach merely because the administrative decision maker is a minister, as is the case here. For one thing, the *Alberta Teachers' Association* approach aptly handles the breadth of ministerial decision making, which comes in all shapes and sizes, and arises in different contexts for different purposes. In addition, ministerial decision-making power is commonly delegated, as happened here. It would be arbitrary to apply the *Alberta Teachers' Association* approach to decisions of administrative board members appointed by a minister (or, practically speaking, a group of ministers in the

(*Ministre de la Santé*), 2006 CSC 49, [2006] 2 R.C.S. 560, la Cour suprême observait au paragraphe 25 :

L'issue du présent pourvoi est tributaire des interprétations contradictoires du *Règlement AC*. En matière d'interprétation législative, la retenue judiciaire ne s'applique pas à l'opinion du ministre. La Cour d'appel fédérale a à juste titre affirmé que la norme de contrôle applicable en la matière est celle de la décision correcte.

La Cour suprême a également eu recours, sans toutefois avoir fait l'analyse de la norme de contrôle, à la norme de la décision correcte pour examiner l'interprétation donnée par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration à une disposition de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, (*Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539). Dans l'affaire *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706, au paragraphe 71, la Cour suprême a retenu la thèse conjointe des parties selon laquelle c'est la norme de la décision correcte qui devait s'appliquer à l'interprétation effectuée par des agents des visas de dispositions de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2. Sous le régime de la *Loi sur l'immigration*, l'« agent des visas » était l'« [a]gent d'immigration en poste à l'étranger et autorisé par arrêté du ministre [de la Citoyenneté et de l'Immigration] à délivrer des visas » (paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*). L'agent des visas était donc un délégué du ministre.

[77] Cependant, comme le signale le procureur général, la Cour d'appel fédérale n'a pas adopté à l'unanimité la démarche du juge Mainville dans l'arrêt *Suzuki*. Par exemple, s'exprimant en dissidence dans l'arrêt *Takeda*, le juge Stratas a conclu que la présomption de déférence à laquelle il est fait mention dans l'arrêt *Alberta Teachers* devrait s'appliquer non seulement aux décisions que rendent les tribunaux administratifs mais aussi dans le contexte des décisions ministérielles (au paragraphe 33) :

J'hésite à soustraire les décisions administratives de la démarche consacrée par la jurisprudence *Alberta Teachers' Association* simplement parce que, dans cette affaire, le décideur administratif est le ministre, comme c'est le cas en l'espèce. D'abord, la démarche fondée sur l'arrêt *Alberta Teachers' Association* tient judicieusement compte de toute la teneur des décisions ministérielles, lesquelles se présentent sous différentes formes et sont prises dans des contextes différents à des fins différentes. De plus, le pouvoir décisionnel des ministres est généralement délégué, comme c'est le cas en l'espèce. Il serait arbitraire de suivre la démarche consacrée



form of the Governor in Council), but apply the *Georgia Strait* approach to decisions of delegates chosen by a minister. Finally, although this Court's decision in *Georgia Strait* post-dates that of the Supreme Court in *Alberta Teachers' Association*, I consider myself bound by the latter absent further direction from the Supreme Court: see *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at paragraphs 18–23;....

[78] Justice Marc Noël (as he then was), writing for the majority in *Kandola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 85, [2015] 1 F.C.R. 549 (*Kandola*), adopted the same view as Justice Stratas and held that the Supreme Court's decision in *Agraira* had conclusively determined the issue and therefore that the presumptive application of the reasonableness standard applies to ministerial decisions (at paragraph 40).

[79] Thus, both Justice Stratas in *Takeda* and Justice Noël in *Kandola* found that the presumption of reasonableness applies to ministerial decisions or to decisions made by their delegates. Both, however, went on to note that the presumption may be rebutted by analysing the four factors discussed in *Dunsmuir*: (1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purpose of the tribunal as determined by interpretation of enabling legislation; (3) the nature of the question at issue; and (4) the expertise of the tribunal.

[80] In light of the division in the Federal Court of Appeal on this issue, I agree with the Attorney General that *Takeda*, *Suzuki*, *Toledo*, *Prescient*, *Bartlett* and *Sheldon* are not binding on me.

[81] Moreover, as Justice Noël noted in *Kandola*, decisions of the Supreme Court of Canada issued subsequent to *Suzuki* and *Takeda* foreclose the application of the correctness standard to decisions of ministerial delegates by reason of the mere identity of the decision maker.

par la jurisprudence *Alberta Teachers' Association* en matière de décisions de membres d'un conseil d'administration nommés par un ministre (ou, à proprement parler, un groupe de ministres sous la forme du gouverneur en conseil), mais de suivre la démarche consacrée par la jurisprudence *Georgia Strait* en matière de décisions prises par les délégués choisis par un ministre. Enfin, même si l'arrêt *Georgia Strait* de notre Cour est plus récent que l'arrêt *Alberta Teachers' Association* de la Cour suprême, l'enseignement de celui-ci s'impose à moi vu l'absence d'autres directives de la part de la Cour suprême : voir *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, aux paragraphes 18 à 23; [...]

[78] S'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Kandola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 85, [2015] 1 R.C.F. 549 (*Kandola*), le juge Marc Noël (aujourd'hui juge en chef de la Cour d'appel fédérale) a adopté le même point de vue que le juge Stratas et a conclu que dans l'arrêt *Agraira* la Cour suprême a tranché la question de manière concluante et que, de ce fait, l'application présomptive de la norme de la raisonabilité s'applique aux décisions ministérielles (au paragraphe 40).

[79] C'est donc dire que tant le juge Stratas, dans l'arrêt *Takeda*, que le juge Noël, dans l'arrêt *Kandola*, ont conclu que la présomption de raisonabilité s'applique aux décisions des ministres ou de leurs délégués. Cependant, les deux ont ensuite signalé qu'il est possible de réfuter cette présomption en analysant les quatre facteurs relevés dans l'arrêt *Dunsmuir* : 1) la présence ou l'absence d'une clause privative; 2) la raison d'être du tribunal administratif, telle que déterminée par l'interprétation de sa loi habilitante; 3) la nature de la question en litige; et 4) l'expertise du tribunal administratif.

[80] Compte tenu de la divergence de positions sur cette question au sein de la Cour d'appel fédérale, je conviens avec le procureur général que je ne suis pas liée par les arrêts *Takeda*, *Suzuki*, *Toledo*, *Prescient*, *Bartlett* et *Sheldon*.

[81] Par ailleurs, ainsi que l'a fait remarquer le juge Noël dans l'arrêt *Kandola*, des décisions que la Cour suprême du Canada a rendues après les arrêts *Suzuki* et *Takeda* excluent l'application de la norme de la décision correcte aux décisions de délégués ministériels du fait de la seule identité du décideur.



[82] In this regard, in *Agraira*, the Supreme Court of Canada was faced with a decision of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness denying relief from a determination of inadmissibility on security grounds, which involved the interpretation of the term “national interest” in subsection 34(2) [now repealed by S.C. 2013, c. 16, s. 13] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27. Despite this, the Court determined that the reasonableness standard of review was applicable. Justice LeBel, writing for the Court, stated as follows (at paragraph 50):

The applicability of the reasonableness standard can be confirmed by following the approach discussed in *Dunsmuir*. As this Court noted in that case, at para. 53, “[w]here the question is one of fact, discretion or policy, deference will usually apply automatically”. Since a decision by the Minister under s. 34(2) is discretionary, the deferential standard of reasonableness applies. Also, because such a decision involves the interpretation of the term “national interest” in s. 34(2), it may be said that it involves a decision maker “interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity” (*Dunsmuir*, at para. 54). This factor, too, confirms that the applicable standard is reasonableness.

[83] Subsequently, in *CN*, the Supreme Court was faced with the review of an order by the Governor in Council, who had interpreted subsection 120.1(1) of the *Canada Transportation Act*. Once again, the Supreme Court held that the reasonableness standard of review was applicable. Justice Rothstein, writing for the Court, found that the *Dunsmuir* framework applies to administrative decision makers generally, including the Governor in Council, and not just to administrative tribunals. He stated as follows (at paragraph 62):

In this case, the Governor in Council was interpreting the *CTA*, legislation closely related to its economic regulation review function. This issue of statutory interpretation does not fall within any of the categories of questions to which a correctness review applies. As such, the applicable standard of review is reasonableness.

[82] À ce sujet, dans l’arrêt *Agraira*, la Cour suprême du Canada avait affaire à une décision par laquelle le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile avait refusé d’accorder réparation à la suite d’une décision d’interdiction de territoire pour raisons de sécurité, une décision qui mettait en cause l’interprétation des mots « intérêt national » au paragraphe 34(2) [maintenant abrogé par L.C. 2013, ch. 16, art. 13] de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27. Malgré cela, la Cour a conclu que la norme de contrôle de la raisonabilité (ou de la décision raisonnable) s’appliquait. S’exprimant au nom de la Cour, le juge LeBel a déclaré (au paragraphe 50) :

L’applicabilité de la norme de la décision raisonnable peut être confirmée en suivant la méthode examinée dans *Dunsmuir*. Comme notre Cour l’a fait remarquer au par. 53 de cet arrêt, « [e]n présence d’une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, la retenue s’impose habituellement d’emblée ». Puisque la décision du ministre aux termes du par. 34(2) est discrétionnaire, la norme de la décision raisonnable s’applique. En outre, parce qu’une telle décision comporte l’interprétation des termes « intérêt national » figurant au par. 34(2), on peut dire qu’elle se rapporte au cas où le décideur « interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » (*Dunsmuir*, par. 54). Ce facteur confirme lui aussi que la norme applicable est celle de la décision raisonnable.

[83] Par la suite, dans l’arrêt *CN*, la Cour suprême a été saisie du contrôle d’un décret du gouverneur en conseil, qui avait interprété le paragraphe 120.1(1) de la *Loi sur les transports au Canada*. Une fois encore, la Cour suprême a conclu que c’était la norme de la raisonabilité qui s’appliquait. Au nom de la Cour, le juge Rothstein a conclu que le cadre exposé dans l’arrêt *Dunsmuir* s’appliquait aux décideurs administratifs en général, ce qui incluait le gouverneur en conseil, et non seulement aux tribunaux administratifs (au paragraphe 62) :

Dans le cas qui nous occupe, le gouverneur en conseil interprétait la *Loi*, un texte qui est lié de près à sa fonction d’examen de la réglementation économique. Cette question d’interprétation législative n’appartient à aucune des catégories de questions auxquelles s’applique la norme de contrôle de la décision correcte. Ainsi, la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

[84] Thus, the fact that the decision to issue the NOC to Teva in this case was made by officials at the OPML and involved an implicit interpretation of the PMNOC Regulations does not of itself translate to a need to apply the correctness standard of review as the case law from the Federal Court of Appeal is divided on the issue and the more recent jurisprudence of the Supreme Court of Canada indicates that the reasonableness standard is presumptively applicable to these sorts of decisions.

*C. The Impact of the Decision of the Supreme Court in CN*

[85] In terms of the final principle at issue with respect to the standard of review, the Attorney General argues that in *CN* the Supreme Court of Canada moved its standard of review jurisprudence forward and determined there is now a firm rule that the reasonableness standard applies to the review of an administrative decision maker's interpretation of its constituent statute or a statute or regulation closely connected with its function except where the decision involves a constitutional question, a true jurisdictional issue, the determination of the bounds of jurisdiction between two administrative tribunals or a question of law of general importance to the legal system as a whole that is outside the administrative decision maker's expertise. Thus, according to the Attorney General, unless the decision involves one of the four foregoing types of issues, the reasonableness standard must be applied where the decision maker interprets its constituent statute or a statute or regulation that is closely connected with its function.

[86] In support of this argument, the Attorney General points to the fact that in *CN*, in determining whether the presumption of reasonableness was rebutted, Justice Rothstein looked only to whether the issue that was determined by Cabinet fell within one of the four foregoing categories to which correctness applies. The Attorney General points in particular to paragraphs 59–62 of the decision, where Justice Rothstein wrote as follows:

[84] En conséquence, le fait que la décision de délivrer l'AC à Teva en l'espèce ait été prise par des fonctionnaires du BMBL et comporte une interprétation implicite du Règlement sur les MBAC ne se traduit pas en soi par la nécessité d'appliquer la norme de la décision correcte car la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale est partagée sur la question et il ressort de la jurisprudence plus récente de la Cour suprême du Canada que c'est la norme de la raisonabilité qui s'applique de manière présomptive aux décisions de cette nature.

*C. L'effet de la décision de la Cour suprême dans l'affaire CN*

[85] Pour ce qui est du dernier principe en cause en lien avec la norme de contrôle applicable, le procureur général fait valoir que dans l'arrêt *CN* la Cour suprême du Canada a fait progresser sa jurisprudence en matière de norme de contrôle et a conclu qu'il existe aujourd'hui une règle ferme selon laquelle la norme de la raisonabilité s'applique au contrôle de l'interprétation que fait un décideur administratif de sa loi constitutive ou d'une loi ou d'un règlement étroitement liés à son mandat, sauf dans les cas où la décision met en cause une question de nature constitutionnelle, une question touchant véritablement la compétence, la détermination des limites de compétence entre deux tribunaux administratifs ou une question de droit d'importance générale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise du décideur administratif. En conséquence, selon le procureur général, c'est la norme de la raisonabilité qu'il convient d'appliquer dans les cas où le décideur interprète sa loi constitutive ou une loi ou un règlement étroitement liés à son mandat, sauf si la décision met en cause l'un des quatre types d'exception susmentionnés.

[86] À l'appui de cet argument, le procureur général fait remarquer que, dans l'arrêt *CN*, pour décider si la présomption de raisonabilité avait été réfutée, le juge Rothstein n'a examiné que le fait de savoir si la question tranchée par le Cabinet se rangeait dans l'une des quatre catégories susmentionnées auxquelles s'applique la norme de la décision correcte. Le procureur général souligne en particulier les paragraphes 59 à 62 de l'arrêt, où le juge Rothstein a écrit :

The presumption of deference is not rebutted here. The question at issue does not fall within one of the established categories of questions to which correctness review applies. In the present case, there is no issue of constitutionality or competing jurisdiction between tribunals.

This is also not a question of central importance to the legal system as a whole. The question at issue centres on the interpretation of s. 120.1 of the *CTA*. The question is particular to this specific regulatory regime as it involves confidential contracts as provided for under the *CTA* and the availability of a complaint-based mechanism that is limited to shippers that meet the statutory conditions under s. 120.1(1). This question does not have precedential value outside of issues arising under this statutory scheme.

To the extent that questions of true jurisdiction or *vires* have any currency, the Governor in Council's determination of whether a party to a confidential contract can bring a complaint under s. 120.1 does not fall within that category. This is not an issue in which the Governor in Council was required to explicitly determine whether its own statutory grant of power gave it the authority to decide the matter (see *Dunsmuir*, at para. 59). Rather, it is simply a question of statutory interpretation involving the issue of whether the s. 120.1 complaint mechanism is available to certain parties. This could not be a true question of jurisdiction or *vires* of the Governor in Council — the decision maker under review in this case.

In this case, the Governor in Council was interpreting the *CTA*, legislation closely related to its economic regulation review function. This issue of statutory interpretation does not fall within any of the categories of questions to which a correctness review applies. As such, the applicable standard of review is reasonableness.

[87] The Attorney General argues that the foregoing passage indicates that the Supreme Court abolished the existence of a presumption that the reasonableness standard of review is applicable when an administrative decision maker interprets its constituent statute or a statute or regulation closely connected with its function (that does not raise one of the four exceptions where correctness applies) in favour of a firm rule that the reasonableness standard is applicable in such circumstances.

La présomption de déférence n'est pas réfutée en l'espèce. La question en litige n'appartient pas à l'une des catégories établies de questions auxquelles s'applique la norme de contrôle de la décision correcte. Dans la présente affaire, il n'y a aucune question de constitutionnalité ou de compétence concurrente entre tribunaux administratifs.

Il ne s'agit pas non plus d'une question qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble. La question en litige concerne l'interprétation de l'art. 120.1 de la *Loi*. La question est propre à ce régime de réglementation particulier, car elle met en cause des contrats confidentiels prévus par la *Loi* ainsi que la possibilité de recourir à un mécanisme de plaintes qui se limite aux expéditeurs répondant aux conditions que prévoit le par. 120.1(1). La réponse qui est donnée à la question en litige n'a valeur de précédent que pour les questions relevant de ce régime législatif.

Dans la mesure où des questions touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité se posent en l'espèce, la décision du gouverneur en conseil quant à savoir si une partie à un contrat confidentiel peut déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1 ne se range pas dans cette catégorie. Il ne s'agit pas d'une question qui obligeait le gouverneur en conseil à déterminer expressément si le pouvoir dont le législateur l'a investi l'autorise à trancher la question (voir *Dunsmuir*, par. 59). Il s'agit plutôt simplement d'une question d'interprétation législative soulevant la question de savoir si certaines parties peuvent se prévaloir du mécanisme de plaintes prévu à l'art. 120.1. Il ne pouvait donc s'agir d'une question touchant véritablement la compétence ou la validité du pouvoir du gouverneur en conseil — le décideur qui a pris la décision examinée en l'espèce.

Dans le cas qui nous occupe, le gouverneur en conseil interprétait la *Loi*, un texte qui est lié de près à sa fonction d'examen de la réglementation économique. Cette question d'interprétation législative n'appartient à aucune des catégories de questions auxquelles s'applique la norme de contrôle de la décision correcte. Ainsi, la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

[87] Le procureur général fait valoir qu'il ressort des extraits qui précèdent que la Cour suprême a aboli l'existence d'une présomption selon laquelle c'est la norme de la raisonabilité qui s'applique lorsqu'un décideur administratif interprète sa loi constitutive ou une loi ou un règlement étroitement liés à son mandat (sans soulever l'une des quatre exceptions auxquelles s'applique la norme de la décision correcte), et ce, en faveur d'une règle ferme selon laquelle c'est la norme de la raisonabilité qui s'applique dans de telles circonstances.

[88] Despite the broad manner in which the reasons in *CN* are cast, I disagree that the decision in that case should be read so broadly as establishing a fixed rule that the only way one can rebut the presumption of reasonableness would be if the decision maker's decision falls into one of the four categories of a constitutional question, a true jurisdictional issue, the determination of the bounds of jurisdiction between two administrative tribunals or a question of law of general importance to the legal system as a whole that is outside the administrative decision maker's expertise. So doing would contradict both the approach set out in *Dunsmuir* and detailed in several subsequent Supreme Court cases.

[89] These previous decisions indicate that the inquiry into standard of review does not necessarily end with the determination that the issue being reviewed involves the interpretation of the decision maker's home statute or a statute or regulation closely connected with its function and does not fall into one of the four foregoing categories to which correctness applies. More specifically, the Supreme Court has indicated in several cases prior to *CN* that the inquiry may need to be pushed further in appropriate cases and may well require consideration of factors such as the presence or absence of a privative clause, the nature of the decision maker and the assessment of its expertise in respect of the question at issue as compared to the Court's expertise on the issue.

[90] For example, in *Dunsmuir* itself, Justices Bastarache and LeBel stated on this point at paragraph 54 that guidance may be found in the existing case law and that "[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity" (emphasis added). They continued in the following paragraph, though, to note that where a tribunal has interpreted its home statute, it may nevertheless sometimes be necessary to undertake a contextual analysis. They noted this involves consideration of factors such as (1) the presence or absence of a privative clause;

[88] Malgré la façon générale dont les motifs sont libellés dans l'arrêt *CN*, je ne suis pas d'accord pour dire que la décision qui a été rendue dans cette affaire doit être interprétée de manière large au point d'établir une règle fixe selon laquelle il n'est possible de réfuter la présomption de raisonabilité que si la décision du décideur se range dans l'une des quatre catégories suivantes : une question de nature constitutionnelle, une véritable question de compétence, la détermination des limites de compétence entre deux tribunaux administratifs ou une question de droit d'importance générale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise du décideur administratif. Agir ainsi serait contraire à la démarche qui a été exposée dans l'arrêt *Dunsmuir* et détaillée dans plusieurs arrêts ultérieurs de la Cour suprême.

[89] Selon ces décisions antérieures, l'examen relatif à la norme de contrôle ne prend pas nécessairement fin une fois que l'on a déterminé que la question faisant l'objet d'un contrôle comporte l'interprétation de la loi habilitante du décideur ou d'une loi ou d'un règlement étroitement liés à son mandat et ne se range pas dans l'une des quatre catégories susmentionnées à laquelle s'applique la norme de la décision correcte. Plus précisément, la Cour suprême a mentionné dans plusieurs arrêts antérieurs à l'arrêt *CN* qu'il peut être nécessaire de pousser davantage cet examen le cas échéant et qu'il peut fort bien être nécessaire de prendre en compte des facteurs tels que la présence ou l'absence d'une clause privative, la nature du décideur et l'évaluation de son expertise à l'égard de la question en litige, par rapport à l'expertise connexe de la Cour.

[90] Par exemple, dans l'arrêt *Dunsmuir* lui-même, les juges Bastarache et LeBel ont affirmé sur ce point, au paragraphe 54, qu'il est possible de trouver conseil dans la jurisprudence existante et que « [l]orsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise » (non souligné dans l'original). Dans le même paragraphe, ils ont toutefois signalé par ailleurs que lorsqu'un tribunal administratif a interprété sa propre loi constitutive, il peut néanmoins être parfois nécessaire d'entreprendre une analyse contextuelle. Ils

(2) the purpose of the tribunal as determined by interpretation of enabling legislation; and (3) the nature of the question at issue (at paragraphs 55 and 64).

[91] Thereafter, in *Smith*, Justice Fish, who wrote for the Court, confirmed that the standard of review analysis does not necessarily end with the determination that an interpretation of the decision maker's constituent statute or statute or regulation closely connected with its function does not fall into one of the four categories identified in *Dunsmuir* to which correctness applies. He stated as follows, at paragraphs 24–26:

Pursuant to *Dunsmuir*:

... the process of judicial review involves two steps. First, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review. [para. 62]

Even when resort to these factors is required, it may not be necessary to consider them all (para. 64).

Accordingly, reviewing judges can usefully begin their analysis by determining whether the subject matter of the decision before them for review falls within one of the non-exhaustive categories identified by *Dunsmuir*. Under that approach, the first step will suffice to ascertain the standard of review applicable in this case.

Under *Dunsmuir*, the identified categories are subject to review for either correctness or reasonableness. The standard of correctness governs: (1) a constitutional issue; (2) a question of “general law ‘that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise’” (*Dunsmuir*, at para. 60 citing *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at para. 62); (3) the drawing of jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals; and (4) a “true question of jurisdiction or *vires*” (paras. 58-61). On the other hand, reasonableness is normally the governing standard where the question: (1) relates to the interpretation of the tribunal’s enabling (or “home”) statute or “statutes closely connected to

ont signalé que cela consiste à prendre en considération des facteurs tels que les suivants : 1) l’existence ou l’inexistence d’une clause privative; 2) la raison d’être du tribunal administratif suivant l’interprétation de sa loi habilitante; et 3) la nature de la question en cause (aux paragraphes 55 et 64).

[91] Ultérieurement, dans l’arrêt *Smith*, le juge Fish, écrivant la décision pour la Cour, a confirmé que l’analyse relative à la norme de contrôle ne prend pas nécessairement fin une fois que l’on a conclu qu’une interprétation de la loi constitutive du décideur ou d’une loi ou d’un règlement étroitement liés à son mandat ne se range pas dans l’une des quatre catégories relevées dans l’arrêt *Dunsmuir* auxquelles s’appliquent la norme de la décision correcte. Voici ce qu’il a écrit aux paragraphes 24 à 26 :

Suivant l’arrêt *Dunsmuir* :

... le processus de contrôle judiciaire se déroule en deux étapes. Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l’analyse des éléments qui permettent d’arrêter la bonne norme de contrôle. [par. 62]

Même lorsqu’il faut recourir à ces facteurs, il n’est pas nécessaire de tenir compte de chacun d’entre eux (par. 64).

En conséquence, le juge qui procède au contrôle judiciaire peut utilement commencer son analyse en se demandant si l’objet de la décision soumise à son examen appartient à l’une des catégories mentionnées dans la liste non exhaustive figurant dans l’arrêt *Dunsmuir*. Suivant cette approche, la première étape suffira pour déterminer la norme de contrôle applicable en l’espèce.

Selon l’arrêt *Dunsmuir*, les catégories énumérées ci-après sont susceptibles de contrôle judiciaire soit selon la norme de la décision correcte soit selon celle de la décision raisonnable. La norme de la décision correcte s’applique : (1) aux questions constitutionnelles; (2) aux questions de « droit générales [qui sont] “à la fois, d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère[s] au domaine d’expertise de l’arbitre” » (*Dunsmuir*, par. 60, citant l’arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 62); (3) aux questions portant sur la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents; (4) aux « question[s] touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité » (par. 58-61). En



its function, with which it will have particular familiarity” (para. 54); (2) raises issues of fact, discretion or policy; or (3) involves inextricably intertwined legal and factual issues (paras. 51 and 53-54).

[92] In *Smith*, Justice Fish determined that the reasonableness standard applied because in addition to the fact that the Arbitration Committee established under Part V [sections 73 to 115] of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7 by the Minister of Natural Resources was interpreting its home statute, the issue in question concerned costs, which are “invariably fact-sensitive and generally discretionary” (at paragraph 30). Further, the statute in question provided the Committee authority to award those costs that it determined had been reasonably incurred, language which, according to Justice Fish, “reflects a legislative intention to vest in [the Committee] sole responsibility for determining the nature and the amount of the costs to be awarded” (at paragraph 31). Finally, in awarding costs, the Committee will frequently be required to make determinations where legal issues cannot be easily separated from factual issues, which Justice Fish indicated provided another reason for selecting the reasonableness standard in that case.

[93] To similar effect, in *Mowat*, Justices LeBel and Cromwell, who wrote for the Court, confirmed that the requisite analysis does not stop with the determination that the legal interpretation of the administrative decision maker’s home statute does not fall into one of the four categories set out in *Dunsmuir* to which correctness applies. They stated as follows (at paragraphs 15–18):

In *Dunsmuir and Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, the Court simplified an analytical approach that the judiciary found difficult to implement. Being of the view that the distinction between the standards of patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* was illusory, the majority in *Dunsmuir* eliminated

revanche, c’est généralement la norme de la décision raisonnable qui s’applique dans les cas suivants : (1) la question se rapporte à l’interprétation de la loi habilitante (ou « constitutive ») du tribunal administratif ou à « une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » (par. 54); (2) la question soulève à son tour des questions touchant les faits, le pouvoir discrétionnaire ou des considérations d’intérêt général; (3) la question soulève des questions de droit et de fait intimement liées (par. 51 et 53-54).

[92] Dans l’arrêt *Smith*, le juge Fish a conclu que c’était la norme de la raisonabilité qui s’appliquait parce que, outre le fait que le Comité d’arbitrage établi en vertu de la partie V [articles 73 à 115] de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7 par le ministre des Ressources naturelles interprétait sa propre loi constitutive, la question en litige avait trait aux dépens, lesquels sont « invariablement tributaires des faits et ont en règle générale un caractère discrétionnaire » (au paragraphe 30). De plus, la loi en question conférait au Comité le pouvoir d’attribuer les dépens qui, selon lui, avaient été raisonnablement engagés, ce qui, selon le juge Fish, « traduit la volonté du législateur de confier en exclusivité [au comité] la responsabilité de déterminer la nature et le montant des frais à accorder » (au paragraphe 31). Enfin, pour accorder des dépens, le Comité était souvent appelé à tirer des conclusions dans des situations où les questions de droit ne pouvaient pas être facilement dissociées des questions de fait, ce qui, d’après le juge Fish, était une autre raison pour opter dans cette affaire pour la norme de la raisonabilité.

[93] Dans le même ordre d’idées, dans l’arrêt *Mowat*, les juges LeBel et Cromwell, qui ont rédigé la décision pour la Cour, ont confirmé que l’analyse requise ne met pas un terme à la détermination du fait que l’interprétation juridique de la loi constitutive du décideur administratif ne se range pas dans l’une des quatre catégories énoncées dans l’arrêt *Dunsmuir* auxquelles s’applique la norme de la décision correcte (aux paragraphes 15 à 18) :

Dans les arrêts *Dunsmuir* et *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, la Cour simplifie une démarche analytique jugée ardue par les tribunaux. Estimant que la distinction entre la norme de la décision manifestement déraisonnable et celle de la décision raisonnable *simpliciter* est illusoire, les juges majoritaires



the standard of patent unreasonableness. The majority thus concluded that there should be two standards of review: correctness and reasonableness.

*Dunsmuir* kept in place an analytical approach to determine the appropriate standard of review, the standard of review analysis. The two-step process in the standard of review analysis is first to “ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review” (para. 62). The focus of the analysis remains on the nature of the issue that was before the tribunal under review (*Khosa*, at para. 4, *per* Binnie J.). The factors that a reviewing court has to consider in order to determine whether an administrative decision maker is entitled to deference are: the existence of a privative clause; a discrete and special administrative regime in which the decision maker has special expertise; and the nature of the question of law (*Dunsmuir*, at para. 55). *Dunsmuir* recognized that deference is generally appropriate where a tribunal is interpreting its own home statute or statutes that are closely connected to its function and with which the tribunal has particular familiarity. Deference may also be warranted where a tribunal has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context (*Dunsmuir*, at para. 54; *Khosa*, at para. 25).

*Dunsmuir* nuanced the earlier jurisprudence in respect of privative clauses by recognizing that privative clauses, which had for a long time served to immunize administrative decisions from judicial review, may point to a standard of deference. But, their presence or absence is no longer determinative about whether deference is owed to the tribunal or not (*Dunsmuir*, at para. 52). In *Khosa*, the majority of this Court confirmed that with or without a privative clause, administrative decision makers are entitled to a measure of deference in matters that relate to their special role, function and expertise (paras. 25-26).

*Dunsmuir* recognized that the standard of correctness will continue to apply to constitutional questions, questions of law that are of central importance to the legal system as a whole and that are outside the adjudicator’s expertise, as well as to “[q]uestions regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals” (paras. 58, 60-61; see also *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 26, *per* Fish J.). The standard of correctness will also apply to true questions of jurisdiction or *vires*. In

supprimer la norme de la décision manifestement déraisonnable et concluent qu’il ne doit y avoir désormais que deux normes de contrôle : celles de la décision correcte et de la décision raisonnable.

Dans *Dunsmuir*, la Cour consacre la démarche en deux étapes qui permet d’arrêter la norme de contrôle applicable : l’analyse relative à la norme de contrôle. Premièrement, la cour saisie « vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l’analyse des éléments qui permettent d’arrêter la bonne norme de contrôle » (par. 62). L’analyse doit demeurer axée sur la nature de la question soumise au tribunal administratif en cause (*Khosa*, par. 4, le juge Binnie). Les facteurs dont il doit être tenu compte pour déterminer si, dans un cas donné, la déférence s’impose à l’endroit du tribunal administratif sont les suivants : l’existence d’une disposition d’inattaquabilité (ou « *clause privative* » dans le vocabulaire juridique traditionnel), l’existence d’un régime administratif distinct et particulier dans le cadre duquel le décideur possède une expertise spéciale et la nature de la question de droit (*Dunsmuir*, par. 55). La Cour reconnaît que la déférence est généralement de mise lorsque le tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie. La déférence peut également s’imposer lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l’application d’une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé (*Dunsmuir*, par. 54; *Khosa*, par. 25).

Dans l’arrêt *Dunsmuir*, notre Cour nuance la jurisprudence antérieure sur les dispositions d’inattaquabilité en reconnaissant que celles-ci, qui ont longtemps permis de soustraire les décisions administratives au contrôle judiciaire, peuvent donner lieu à l’application d’une norme déférente. Mais leur présence ou leur absence ne sont plus déterminantes quant à savoir si la déférence s’impose ou non à l’endroit du tribunal administratif (*Dunsmuir*, par. 52). Dans l’arrêt *Khosa*, les juges majoritaires de notre Cour confirment qu’indépendamment de l’existence d’une disposition d’inattaquabilité, une certaine déférence s’impose à l’égard du tribunal administratif dans une affaire ayant trait au rôle, à la fonction et à l’expertise propres à ce décideur (par. 25-26).

L’arrêt *Dunsmuir* reconnaît que la norme de la décision correcte continue de s’appliquer aux questions constitutionnelles, aux questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d’expertise du décideur, ainsi qu’aux questions portant sur la « délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents » (par. 58, 60-61; voir également l’arrêt *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 26, le juge Fish). La

this respect, *Dunsmuir* expressly distanced itself from the extended definition of jurisdiction and restricted jurisdictional questions to those that require a tribunal to “explicitly determine whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter” (para. 59; see also *United Taxi Drivers’ Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485, at para. 5).

[94] Likewise, in *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616 (*Nor-Man*), Justice Fish again confirmed this approach. There, the Court was called upon to determine whether a labour arbitrator’s application of the doctrine of estoppel should be subject to the correctness or reasonableness standard. As the matter had not been previously ruled upon by the Supreme Court, Justice Fish stated at paragraph 34 that he would adhere in substance to the analytical template set out in *Dunsmuir* and adopted in *Smith*. He indicated that this template involves first asking if the previous jurisprudence has satisfactorily settled the standard of review. That will be the case, he indicated, where the decision involves a constitutional issue, a question of general law that is of central importance to the legal system as a whole and outside the specialized expertise of the decision maker, a true question of *vires* or an inquiry that involves drawing lines between two or more administrative decision makers. In such circumstances, the standard of review will be correctness. He next indicated that the reasonableness standard “normally” prevails where the decision involves issues of fact, discretion or policy, inextricably intertwined legal and factual issues or the interpretation of the tribunal’s home statute or statutes closely related to its function (at paragraph 36).

[95] Because application of these guidelines did not conclusively settle the issue, Justice Fish went on in *Nor-Man* to undertake a contextual analysis. He noted that “[f]our non-exhaustive contextual factors have been identified in the jurisprudence to guide courts through this exercise: (1) the presence or absence of a privative

norme de la décision correcte vaut aussi pour les questions touchant véritablement à la compétence. À cet égard, la Cour se distancie expressément des définitions larges de la compétence de façon qu’une question se rapportant à celle-ci se pose uniquement lorsque le tribunal administratif « doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l’a investi l’autorisent à trancher une question » (par. 59; voir également l’arrêt *United Taxi Drivers’ Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485, par. 5).

[94] Pareillement, dans l’arrêt *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616 (*Nor-Man*), le juge Fish a de nouveau confirmé cette démarche. Dans cette affaire, la Cour était appelée à décider si la manière dont un arbitre du travail avait appliqué la doctrine de la préclusion devait être soumise à la norme de la décision correcte ou à celle de la raisonnable. La question n’ayant pas déjà été tranchée par la Cour suprême, le juge Fish a écrit, au paragraphe 34, qu’il se conformerait sur le fond au cadre analytique établi dans l’arrêt *Dunsmuir* et adopté dans l’arrêt *Smith*. Ce cadre, a-t-il indiqué, consiste à se demander tout d’abord si la jurisprudence a réglé de manière satisfaisante la question de la norme de contrôle applicable. Ce sera le cas, a-t-il ajouté, si la décision a trait à une question constitutionnelle, une question de droit générale d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d’expertise du décideur, une question touchant véritablement la compétence ou une question portant sur la délimitation des compétences de deux décideurs administratifs ou plus. Dans de telles circonstances, la norme de contrôle sera la décision correcte. Il a ensuite mentionné que la norme de la raisonnable l’emporte « généralement » lorsque la décision touche aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, lorsque les faits et le droit s’entrelacent et ne peuvent être facilement dissociés, ou lorsque le tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou des lois étroitement liées à son mandat (au paragraphe 36).

[95] Étant donné que l’application de ces lignes directrices ne réglait pas la question de manière concluante, le juge Fish, dans l’arrêt *Nor-Man*, a ensuite procédé à une analyse contextuelle. Il a fait remarquer que « [l]a jurisprudence a relevé une liste non exhaustive de quatre facteurs contextuels pour guider les cours dans cet

clause; (2) the purposes of the tribunal; (3) the nature of the question at issue; and (4) the expertise of the tribunal” (at paragraph 40).

[96] More recently, as already cited, in *Agraira*, Justice LeBel, writing for the Court stated (at paragraph 48):

As this Court held in *Dunsmuir*, a court deciding an application for judicial review must engage in a two-step process to identify the proper standard of review. First, it must consider whether the level of deference to be accorded with regard to the type of question raised on the application has been established satisfactorily in the jurisprudence. The second inquiry becomes relevant if the first is unfruitful or if the relevant precedents appear to be inconsistent with recent developments in the common law principles of judicial review. At this second stage, the court performs a full analysis in order to determine what the applicable standard is.

[97] To similar effect in *McLean*, Justice Moldaver, who penned the unanimous decision of the Court, stated as follows (at paragraphs 20–22):

Before turning to my analysis, I pause to note that the standard of review debate is one that generates strong opinions on all sides, especially in the recent jurisprudence of this Court. However, the analysis that follows is based on this Court’s existing jurisprudence — and it is designed to bring a measure of predictability and clarity to that framework.

Since *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, this Court has repeatedly underscored that “[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity” (para. 54). Recently, in an attempt to further simplify matters, this Court held that an administrative decision maker’s interpretation of its home or closely-connected statutes “should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review” (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 34).

The presumption endorsed in *Alberta Teachers*, however, is not carved in stone. First, this Court has long recognized that certain categories of questions — even when they involve the interpretation of a home statute — warrant review on a correctness standard (*Dunsmuir*, at paras. 58-61). Second, we have

exercice : (1) l’existence ou l’inexistence d’une clause privative, (2) la raison d’être du tribunal administratif, (3) la nature de la question en cause et (4) l’expertise du tribunal administratif » (au paragraphe 40).

[96] Plus récemment, comme je l’ai déjà mentionné, dans l’arrêt *Agraira* le juge LeBel a déclaré au nom de la Cour (au paragraphe 48) :

Notre Cour a décidé dans l’arrêt *Dunsmuir* que pour déterminer la norme de contrôle appropriée, la cour saisie d’une demande de contrôle judiciaire doit entreprendre un processus en deux étapes. Premièrement, elle doit vérifier si la jurisprudence établit de manière satisfaisante le degré de retenue correspondant à une catégorie de questions soulevées dans la demande de contrôle judiciaire. La deuxième étape s’applique lorsque cette première démarche se révèle infructueuse ou si la jurisprudence semble devenue incompatible avec l’évolution récente du droit en matière de contrôle judiciaire. À cette deuxième étape, la cour entreprend une analyse complète en vue de déterminer la norme applicable.

[97] Dans la même veine, dans l’arrêt *McLean*, le juge Moldaver, qui a rédigé la décision unanime de la Cour, a décrété (aux paragraphes 20 à 22) :

Mais avant de passer à l’analyse, je signale que le débat sur les normes de contrôle donne lieu à des opinions bien tranchées, particulièrement dans les arrêts récents de notre Cour. L’analyse qui suit prend toutefois appui sur la jurisprudence actuelle de notre Cour et vise à favoriser la prévisibilité et la clarté en la matière

Depuis l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, notre Cour a maintes fois rappelé que « [l]orsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise » (par. 54). Récemment, dans un souci de simplicité accrue, notre Cour a statué qu’« il convient de présu-mer que l’interprétation par un tribunal administratif de “sa propre loi constitutive ou [d]’une loi étroitement liée” [...] est une question d’interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire » (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34).

Or, la présomption adoptée dans *Alberta Teachers* n’est pas immuable. D’abord, notre Cour reconnaît depuis longtemps que certaines catégories de questions, même lorsqu’elles emportent l’interprétation d’une loi constitutive, sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte (*Dunsmuir*,

also said that a contextual analysis may “rebut the presumption of reasonableness review for questions involving the interpretation of the home statute” (*Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at para. 16). [Footnotes omitted.]

[98] In light of these multiple statements from the Supreme Court, confirming the need for a contextual analysis in appropriate cases, in my view one cannot read the decision in *CN* as changing the law and deciding that there is no longer any place for a contextual analysis in a standard of review case. It would take a much more deliberate treatment of the issue by the Supreme Court than that which is contained in *CN* to effect this result.

[99] In light of the forgoing, I believe the required steps in determining the appropriate standard of review are the following.

[100] First, one must consider whether the previous case law has satisfactorily settled the standard of review to be applied.

[101] Where the case law in question is post-*Dunsmuir* and applies the standard of review analysis mandated by the Supreme Court of Canada, it will have satisfactorily settled the issue and may be applied. Likewise, where the case law predates *Dunsmuir* and mandates reasonableness or patent unreasonableness as the standard of review, then it will have satisfactorily established that the standard of review is reasonableness, given the preference for deference set out in *Dunsmuir* and subsequent cases.

[102] The case law will also settle the standard of review where the issue being reviewed involves a constitutional question, a question of general importance to the legal system as a whole that is outside the administrative decision maker’s specialized expertise, determination of the respective jurisdiction of two or more administrative decision makers or a true question of *vires*. All the decisions from the Supreme Court

par. 58-61). Ensuite, elle affirme également qu’une analyse contextuelle peut « écarter la présomption d’assujettissement à la norme de la raisonabilité de la décision qui résulte d’une interprétation de la loi constitutive » (*Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 16). [Notes en bas de page omises.]

[98] Compte tenu des multiples fois où la Cour suprême a confirmé qu’il était nécessaire d’effectuer, le cas échéant, une analyse contextuelle, selon moi on ne peut pas considérer que l’arrêt *CN* change le droit et décide qu’il n’y a plus lieu d’effectuer une telle analyse dans une affaire mettant en cause la norme de contrôle applicable. Pour atteindre ce résultat, il faudrait que la Cour suprême traite la question de manière nettement plus délibérée que dans l’arrêt *CN*.

[99] Au vu de ce qui précède, je crois que les mesures à prendre pour déterminer la norme de contrôle applicable sont les suivantes.

[100] Premièrement, il faut examiner si la jurisprudence a réglé de manière satisfaisante la question de la norme de contrôle à appliquer.

[101] Si la jurisprudence en question date d’après l’arrêt *Dunsmuir* et applique l’analyse relative à la norme de contrôle que prescrit la Cour suprême du Canada, elle aura réglé de manière satisfaisante la question et peut être appliquée. Dans le même ordre d’idées, si la jurisprudence date d’avant l’arrêt *Dunsmuir* et prescrit que la norme de contrôle applicable est la raisonabilité ou la décision manifestement déraisonnable, elle aura dans ce cas établi de manière satisfaisante que la norme de contrôle est la raisonabilité, vu la préférence à l’égard de la déférence qui a été énoncée dans l’arrêt *Dunsmuir* ainsi que dans des arrêts ultérieurs.

[102] La jurisprudence aura également réglé la question de la norme de contrôle applicable dans les cas où la question faisant l’objet d’un contrôle touche une question constitutionnelle, une question d’importance générale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère à l’expertise spécialisée du décideur administratif, la détermination de la compétence respective de deux décideurs administratifs ou plus ou une véritable

post-*Dunsmuir* indicate that the correctness standard applies to these sorts of determinations.

[103] Conversely, where the issue being determined involves a factual determination, a determination of mixed fact and law from which a pure legal question cannot be extricated, the exercise of a statutorily-conferred discretion or the making of a policy decision that the decision maker is mandated to make, then the reasonableness standard is applicable as the case law post-*Dunsmuir* indicates that such decisions are to be afforded deference (see e.g. *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraphs 46–47, Binnie J. and paragraph 89, Rothstein J., concurring; *Agraira*, at paragraph 50; and *Smith*, at paragraph 26).

[104] Finally, where what is being reviewed is a legal issue that involves the interpretation of the decision maker's constituent statute or a statute or regulation closely related to its function, there is a presumption that reasonableness applies. That presumption, however, may be rebutted by a contextual analysis if it demonstrates that the issue in question is not one that the legislature intended to leave to the decision maker to determine because it falls more appropriately within the expertise of a reviewing court. In conducting the contextual analysis, the reviewing court may have regard to such factors as the presence or absence of a privative clause, the purpose of the tribunal, the nature of the question at issue, and the expertise of the tribunal.

D. *Determination of the Standard of Review in this Case*

[105] I turn now to the application of the foregoing analytical framework in the present case. As noted, the first question involves asking whether the previous jurisprudence has satisfactorily settled the applicable standard of review. I conclude that it has not for three reasons.

question de compétence. Toutes les décisions que la Cour suprême a rendues après l'arrêt *Dunsmuir* dénotent que la norme de la décision correcte s'applique à ces genres de décision.

[103] À l'inverse, si la question à trancher concerne une conclusion de fait, une conclusion mixte de fait et de droit à partir de laquelle on ne peut isoler une pure question de droit, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi ou la prise d'une décision de principe que le décideur est habilité à prendre, c'est donc la norme de la raisonabilité qui s'applique, car il ressort de la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Dunsmuir* qu'il convient de faire preuve de déférence à l'endroit de ces décisions (voir p. ex. *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, aux paragraphes 46 et 47, le juge Binnie et, au paragraphe 89, le juge Rothstein, y souscrivant; *Agraira*, au paragraphe 50; et *Smith*, au paragraphe 26).

[104] Enfin, si le contrôle judiciaire porte sur une question de droit qui concerne l'interprétation de la loi constitutive du décideur ou une loi ou un règlement étroitement liés à son mandat, il existe une présomption selon laquelle la norme de la raisonabilité s'applique. Cependant, il est possible de réfuter cette présomption en procédant à une analyse contextuelle si elle établit que la question en litige n'est pas de celles que le législateur entendait laisser aux décideurs le soin de trancher parce qu'elles relèvent davantage de l'expertise d'une cour de révision. En procédant à l'analyse contextuelle, la cour de révision doit tenir compte de divers facteurs, tels que la présence ou l'absence d'une clause privative, la raison d'être du tribunal, la nature de la question en cause, ainsi que l'expertise du tribunal administratif.

D. *La détermination de la norme de contrôle applicable en l'espèce*

[105] Voyons maintenant comment s'applique en l'espèce le cadre analytique qui précède. Comme je l'ai fait remarquer, la première question consiste à se demander si la jurisprudence a réglé de manière satisfaisante la question de la norme de contrôle applicable. Je conclus que non, et ce, pour trois raisons.



[106] First, as discussed above, the previous case law of the Federal Court of Appeal and of this Court, applying a correctness standard of review to decisions of the Minister to issue NOCs under the PMNOC Regulations, does not settle the standard as several of the cases pre-date *Dunsmuir* and none of them undertakes the standard of review analysis that *Dunsmuir* mandates.

[107] Second, the decision made by the Minister does not involve one of the four types of determinations to which the correctness standard applies and no party suggested otherwise. Indeed, the only potentially applicable exception, that of a question of central importance to the legal system as a whole outside the decision-maker's expertise, is clearly inapplicable given the limited scope of the PMNOC Regulations as compared to the breadth of legal issues that come before courts.

[108] Third, the decision at issue is not one of fact or mixed fact and law and does not involve the exercise of a statutory discretion.

[109] Thus, the presumption of reasonableness applies and it becomes necessary to consider whether the presumption is rebutted. This, in turn, requires a contextual analysis.

[110] The first factor the case law identifies as relevant to the contextual analysis is the presence or absence of a privative clause. There is no privative clause in the PMNOC Regulations. While the presence of a privative clause may well be an indicator of the legislator's intent that an administrative decision maker should be accorded deference, the absence of such a clause is far less relevant as in many cases the reasonableness standard is applicable in the absence of a privative clause (see e.g. *Khosa*, at paragraphs 25–26, *Mowat*, at paragraph 17 and the non-labour decisions of the Supreme Court post-*Dunsmuir* applying the reasonableness standard of review, in many of which the relevant statutes lacked privative clauses).

[106] Premièrement, comme nous l'avons vu plus tôt, la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale, qui applique la norme de la décision correcte aux décisions que prend le ministre de délivrer des AC sous le régime du Règlement sur les MBAC, ne règle pas la question de la norme, car plusieurs des arrêts datent d'avant l'arrêt *Dunsmuir* et dans aucun d'eux la Cour n'a-t-elle entrepris l'analyse relative à la norme de contrôle que prescrit l'arrêt *Dunsmuir*.

[107] Deuxièmement, la décision du ministre ne concerne aucun des quatre types de décision auxquelles s'applique la norme de la décision correcte, et aucune partie n'a prétendu le contraire. En fait, la seule exception potentiellement applicable, celle d'une question d'importance cruciale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère à l'expertise du décideur, ne s'applique manifestement pas en raison de la portée restreinte du Règlement sur les MBAC par rapport à l'éventail des questions de droit qui sont soumises aux tribunaux.

[108] Troisièmement, la décision en litige n'est pas une décision de fait ou une décision mixte de fait et de droit et ne met pas en cause l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi.

[109] C'est donc dire que la présomption de raisonabilité s'applique et qu'il est ensuite nécessaire d'examiner si la présomption est réfutée, ce qui exige, par ricochet, une analyse contextuelle.

[110] Le premier facteur qui, d'après la jurisprudence, se révèle pertinent pour l'analyse contextuelle est la présence ou l'absence d'une clause privative. Le Règlement sur les MBAC n'en contient aucune. Même si la présence d'une telle clause est peut-être bien un signe de l'intention du législateur qu'il convient de faire preuve de déférence ou de retenue envers un décideur administratif, l'absence d'une telle clause est nettement moins pertinente car, dans bien des affaires, c'est la norme de la raisonabilité qui s'applique en l'absence d'une clause privative (voir, par exemple, *Khosa*, aux paragraphes 25 et 26, *Mowat*, au paragraphe 17, et les décisions autres qu'en matière de travail de la Cour suprême qui datent d'après l'arrêt *Dunsmuir* et où l'on applique la norme de la raisonabilité, et dans un grand



[111] The other three contextual factors identified in the case law are the purpose of the tribunal, the nature of the question at issue and the expertise of the tribunal. These factors are interrelated and are aimed at discerning whether the nature of the question being considered is such that the legislator intended it be answered by the administrative decision maker as opposed to the Court. Indicia of such an intention include the role assigned to the administrative decision maker under the legislation and the relationship between the question decided and the institutional expertise of the decision maker as opposed to the institutional expertise of a court.

[112] Consideration of these criteria in this case leads to a conclusion that the presumption of the applicability of the reasonableness standard is rebutted.

[113] The question at issue in this case concerns whether an applicant who files an administrative ANDS based on a licence from another generic company has made a “submission for an NOC” that “directly or indirectly compares” its product to that of the innovator company whose drug is listed on the patent list established under the PMNOC Regulations such that the company is caught by section 5 of the PMNOC Regulations. There is nothing in the PMNOC Regulations that indicates that the Governor in Council intended that this issue be left to officials at Health Canada to determine. Indeed, the regulatory and statutory contexts indicate the converse.

[114] In this regard, the PMNOC Regulations do not afford the Minister of Health discretion to make a decision as to when to issue an NOC but rather are cast in mandatory terms and prevent the Minister from issuing an NOC until the criteria in section 7 of the PMNOC Regulations are met. Thus, under the PMNOC Regulations, there is no scope for the exercise of discretion or the making of policy determinations by the Minister of Health or Health Canada as to when an NOC may be issued. The fact that Health Canada has adopted a new interpretation of the requirements of the PMNOC Regulations does not equate to a policy determination

nombre desquelles les lois pertinentes étaient dénuées de clauses privatives).

[111] Les trois autres facteurs contextuels relevés dans la jurisprudence sont la raison d’être du tribunal administratif, la nature de la question en cause et l’expertise du tribunal administratif. Ces facteurs sont interreliés et visent à déterminer si la nature de la question prise en considération est telle que le législateur entendait que ce soit le décideur administratif qui y réponde plutôt que la Cour. Parmi les indices d’une telle intention figurent le rôle attribué par la loi au décideur administratif ainsi que la relation entre la question tranchée et l’expertise institutionnelle du décideur, par rapport à l’expertise institutionnelle d’un tribunal judiciaire.

[112] Dans la présente affaire, l’examen de ces critères mène à la conclusion que la présomption d’applicabilité de la norme de la raisonabilité est réfutée.

[113] La question en cause dans la présente affaire a trait au fait de savoir si un requérant qui dépose une PADN administrative fondée sur une licence d’un autre fabricant de produits génériques a déposé une « présentation pour un avis de conformité » qui « directement ou indirectement, compare » son produit à celui de la société innovatrice dont le médicament est inscrit sur la liste de brevets établie sous le régime du Règlement sur les MBAC, de telle sorte que cette société tombe sous le coup de l’article 5 de ce règlement. Rien dans ce dernier n’indique que le gouverneur en conseil envisageait que la détermination de cette question soit laissée au soin de fonctionnaires de Santé Canada. En fait, le contexte réglementaire et législatif indique le contraire.

[114] À cet égard, le Règlement sur les MBAC ne confère pas au ministre de la Santé le pouvoir discrétionnaire de décider à quel moment délivrer un AC, mais il est plutôt libellé sous une forme impérative et interdit au ministre de délivrer un AC avant que l’on satisfasse aux critères énoncés à l’article 7 du Règlement sur les MBAC. C’est donc dire qu’en vertu du Règlement sur les MBAC, le ministre de la Santé ou Santé Canada ne peuvent pas exercer leur pouvoir discrétionnaire ou élaborer une décision de principe quant au moment ou un AC peut être délivré. Le fait que Santé Canada ait adopté une nouvelle interprétation des exigences du

of the sort that merits deference because the statutory and regulatory context do not afford the Minister a policy-making role under the PMNOC Regulations. Nor do they require the provision of reasons, which often accompanies the exercise of a policy-making function by an administrative decision maker.

[115] The limited role assigned to the Minister of Health and officials at Health Canada under the PMNOC Regulations may be contrasted with the broader role assigned to them under the FDA Regulations in respect of the issuance of NOCs. Under the FDA Regulations, the Minister and officials at Health Canada are afforded the authority and responsibility to decide whether an NOC should be issued based on Health Canada's expert evaluation of the safety and efficacy of a drug. In the case of an ANDS, this determination calls on the departmental expertise in evaluating whether drugs are the pharmaceutical and bioequivalent of each other within the meaning of section C.08.002.1 of the FDA Regulations.

[116] On the other hand, under the PMNOC Regulations, no such evaluation is left in the hands of the Minister or officials at Health Canada. Rather, the Governor in Council left the ultimate determination of whether an NOC should be issued under the PMNOC Regulations to this Court as it is the Court that is required to rule on prohibition applications made by innovator companies who wish to forestall the issuance of an NOC to a generic company through an ANDS. The role assigned to this Court under the PMNOC Regulations is inconsistent with application of the reasonableness standard to interpretations of the Minister or officials at Health Canada of the Regulations.

[117] This case, indeed, is somewhat similar to *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, in which Justice Rothstein for the majority applied the correctness standard to the review of the

Règlement sur les MBAC n'est pas assimilable à une décision de principe qui est du genre à mériter une certaine déférence parce que le contexte législatif et réglementaire ne confère pas au ministre un rôle d'élaboration de politiques sous le régime du Règlement sur les MBAC. Ce dernier n'exige pas non plus la présentation de motifs, une exigence qui accompagne souvent l'exercice d'une fonction d'élaboration de politiques de la part d'un décideur administratif.

[115] Il est possible de mettre en contraste le rôle restreint que le Règlement sur les MBAC confère au ministre de la Santé et aux fonctionnaires de Santé Canada avec le rôle plus étendu que leur confère le Règlement sur les AD, relativement à la délivrance d'AC. Selon le Règlement sur les AD, le ministre et les fonctionnaires de Santé Canada sont investis du pouvoir et de la responsabilité de décider s'il convient ou non de délivrer un AC à la suite d'une évaluation spécialisée de Santé Canada quant à l'innocuité et à l'efficacité d'un médicament. Dans le cas d'une PADN, cette décision relève de l'expertise du Ministère pour ce qui est d'évaluer si des médicaments sont équivalents les uns aux autres sur le plan pharmaceutique et biologique au sens de l'article C.08.002.1 du Règlement sur les AD.

[116] En revanche, sous le régime du Règlement sur les MBAC, aucune évaluation de cette nature n'est laissée au soin du ministre ou des fonctionnaires de Santé Canada. Le gouverneur en conseil a plutôt confié à la Cour fédérale la tâche de déterminer en fin de compte s'il y a lieu de délivrer un AC sous le régime du Règlement sur les MBAC car c'est la Cour qui est tenue de se prononcer sur les demandes d'interdiction des sociétés innovatrices qui souhaitent empêcher que l'on délivre un AC à un fabricant de médicaments génériques au moyen d'une PADN. Le rôle que confie le Règlement sur les MBAC à la Cour ne concorde pas avec l'application de la norme de la raisonabilité aux interprétations que font le ministre ou les fonctionnaires de Santé Canada du Règlement.

[117] En fait, la présente affaire est semblable en quelque sorte à l'arrêt *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, où le juge Rothstein, s'exprimant au nom de la majorité,

Copyright Board's interpretation of its constituent Act on the basis that the Board and the courts shared concurrent jurisdiction under the statute (at paragraphs 15 and 19).

[118] Likewise, this case is somewhat similar to *Takeda*. There, Justice Stratas in his dissenting reasons, decided that the Minister's interpretation of the data protection provisions, enshrined in the FDA Regulations, was reviewable on the correctness standard because the presumptive application of the reasonableness standard was rebutted. He based this determination on the fact that the point in issue in that case was purely legal, the Minister had no particular expertise in legal interpretation and there was nothing in the structure of the legislation or the regulatory regime that suggested that deference should be accorded to the Minister's decision.

[119] Similar reasoning applies in this case.

[120] I therefore conclude that the presumption of the applicability of the reasonableness standard of review is rebutted here and that the correctness standard is applicable to the review of Health Canada's decision to issue an NOC to Teva and to the implicit interpretation of the PMNOC Regulations enshrined in that decision (that is fully enunciated in the amendments to the Guidance Document).

#### VII. Evaluation of the Correctness of the Decision to Issue the NOC to Teva

[121] Having settled that the correctness standard of review applies to the assessment of the decision at issue in this case, I turn now to consideration of whether the Minister through officials at the OPML at Health Canada correctly interpreted the PMNOC Regulations in this case.

a appliqué la norme de la décision correcte au contrôle de l'interprétation, par la Commission du droit d'auteur, de sa loi constitutive au motif que cette dernière et les tribunaux judiciaires possédaient en vertu de la loi une compétence concurrente (aux paragraphes 15 et 19).

[118] Dans le même ordre d'idées, la présente affaire ressemble quelque peu à l'arrêt *Takeda*. Dans ce dernier, le juge Stratas a conclu, dans ses motifs dissidents, que l'interprétation que le ministre avait faite des dispositions en matière de protection de données, laquelle était incluse dans le Règlement sur les AD, était susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte parce que l'on avait réfuté l'application présomptive de la norme de la raisonabilité. Il a appuyé cette conclusion sur le fait que le point en litige dans cette affaire était de nature purement juridique, que le ministre n'avait aucune expertise particulière en matière d'interprétation juridique et que rien dans la structure de la loi ou du régime réglementaire ne dénotait qu'il y avait lieu de faire preuve de déférence à l'égard de la décision du ministre.

[119] Un raisonnement semblable s'applique en l'espèce.

[120] Je conclus que la présomption d'applicabilité de la norme de la raisonabilité est réfutée en l'espèce et que la norme de la décision correcte s'applique au contrôle de la décision qu'a prise Santé Canada de délivrer un AC à Teva, ainsi qu'à l'interprétation implicite du Règlement sur les MBAC qui est incluse dans cette décision (laquelle interprétation est énoncée entièrement dans les modifications apportées à la Ligne directrice).

#### VII. La décision de délivrer l'AC à Teva est-elle correcte?

[121] Ayant réglé la question de savoir si la norme de la décision correcte s'applique à l'évaluation de la décision qui est en litige en l'espèce, j'examinerai maintenant si le ministre, par l'intermédiaire de fonctionnaires du BMBL de Santé Canada, a interprété correctement le Règlement sur les MBAC.

[122] As noted, the Attorney General argues in the alternative that the interpretation of the PMNOC Regulations enshrined in the amended Guidance Document is correct, even though the Minister had previously interpreted the requirements of the PMNOC Regulations in an opposite fashion.

[123] The Attorney General submits more specifically an administrative submission like the one made by Teva in this case is not a “submission for an NOC” within the meaning of sub-section 5(1) of the PMNOC Regulations for several reasons.

[124] First, the Attorney General argues that one must apply a purposive approach to the interpretation of the PMNOC Regulations and asserts that the purpose of these regulations is to allow the “early working” by a generic company of a patented drug. In support of this assertion the Attorney General points to the statutory authority for the PMNOC Regulations, contained in section 55.2 of the *Patent Act*, and to judicial pronouncements regarding the scope of the regulation-making power under subsection 55.2(4) of that Act. The Attorney General says that in *Biolyse* and *AstraZeneca* the Supreme Court of Canada recognized that the grant of regulation-making power in subsection 55.2(4) of the *Patent Act* is limited to preventing infringement by those who take advantage of the early working exception to develop a generic version of a patented medicine.

[125] The Attorney General argues that in this case Teva did not take advantage of the early-working exception and, therefore, that under a purposive approach to the interpretation of subsection 5(1) of the PMNOC Regulations it is not necessary to consider the administrative submission made by Teva to be a “submission for an NOC” within the meaning of subsection 5(1) of the PMNOC Regulations. Rather, according to the Attorney General, it was GMP that took advantage of the early-working exception and who filed an ANDS and served an NOA on Pfizer. The Attorney General says that if Pfizer wished to protect its patent rights to the '059 patent, it ought to have made a prohibition application when it was served with GMP's NOA; the

[122] Comme il a été mentionné, le procureur général soutient, subsidiairement, que l'interprétation du Règlement sur les MBAC qu'inclut la version modifiée de la Ligne directrice est correcte, même si le ministre a déjà interprété d'une manière contraire les exigences du Règlement sur les MBAC.

[123] Le procureur général soutient plus précisément qu'une présentation administrative semblable à celle que Teva a déposée en l'espèce n'est pas une « présentation pour un avis de conformité » au sens du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC, et ce, pour plusieurs raisons.

[124] Premièrement, le procureur général fait valoir qu'il est nécessaire d'appliquer une démarche téléologique à l'interprétation du Règlement sur les MBAC et il affirme que ce dernier a pour objet d'autoriser un fabricant de médicaments génériques à procéder à la fabrication anticipée d'un médicament breveté. À l'appui de cette affirmation, il souligne le pouvoir légal du Règlement sur les MBAC, lequel pouvoir figure à l'article 55.2 de la *Loi sur les brevets*, ainsi que les décisions judiciaires concernant la portée du pouvoir de réglementation que prévoit le paragraphe 55.2(4) de cette loi. Il dit que dans les arrêts *Biolyse* et *AstraZeneca*, la Cour suprême du Canada a reconnu que l'octroi du pouvoir de réglementation au paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets* se limite à éviter toute contrefaçon de la part de ceux qui tirent avantage de l'exception relative à la fabrication anticipée pour mettre au point une version générique d'un médicament breveté.

[125] Le procureur général fait valoir que, en l'espèce, Teva n'a pas tiré avantage de l'exception relative à la fabrication anticipée et que, de ce fait, selon une interprétation téléologique du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC, il n'est pas nécessaire de considérer que la présentation administrative que Teva a déposée est une « présentation pour un avis de conformité » au sens du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC. Aux dires du procureur général, c'est plutôt GMP qui a tiré avantage de l'exception et qui a déposé une PADN et signifié un AA à Pfizer. Il ajoute que si Pfizer souhaitait protéger ses droits relatifs au brevet '059 il aurait fallu qu'elle présente une demande d'interdiction au moment où l'AA de GMP lui a été signifiée; il qualifie de

Attorney General characterizes Pfizer's choice to refrain from doing so as a strategic one as it was aware of the change to the Guidance Document and must be taken to have been alive to the likelihood that GMP would likely licence Teva to produce GMP's exemestane product under Teva's label, given what had occurred with respect to the first NOC that was erroneously issued to Teva. The Attorney General thus argues that under the new interpretation of the PMNOC Regulations at issue in this case, Pfizer had the complete ability to protect its patent but chose not to exercise this right.

[126] Secondly, the Attorney General argues that the conclusion that Teva's administrative drug submission does not come within the scope of subsection 5(1) of the PMNOC Regulations is supported by the wording of the relevant regulatory provisions and the case law, especially when viewed in light of the foregoing purposive approach.

[127] In this regard, the Attorney General notes that the PMNOC Regulations do not define what constitutes a "submission" and that under the FDA Regulations the licence from GMP to Teva would give rise to the need to file a supplemental submission for an NOC under section C.08.003 of the FDA Regulations because there would be changes to the drug's label and name. The Attorney General further says that not all supplemental submissions, within the meaning of section C.08.003 of the FDA Regulations, constitute "submissions" within the meaning of the PMNOC Regulations because this Court and the Federal Court of Appeal have held that supplemental submissions made by innovator companies as a result of minor changes to their filings with Health Canada did not constitute "submissions" under an earlier version of the PMNOC Regulations (relying on *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2001 CanLII 22128, 10 C.P.R. (4th) 318 (F.C.T.D.), at paragraphs 13, 19 and 21, aff'd 2002 FCA 32, 16 C.P.R. (4th) 425; *Ferring Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 274, 26 C.P.R. (4th) 155, at paragraphs 13–18, leave to appeal refused [2004] 1 S.C.R. viii (S.C.C.); *Toba Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCT 927, 21 C.P.R. (4th) 232, at paragraphs 28 and 34; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2004 FC 736, 36 C.P.R. (4th) 58, at paragraph 39, aff'd

stratégique le choix de Pfizer de s'abstenir de le faire car elle était au courant du changement apporté à la Ligne directrice et il faut considérer qu'elle était consciente de la probabilité que GMP autorise Teva à produire l'exemestane de GMP sous l'étiquette de Teva, compte tenu de ce qui s'était passé au sujet du premier AC, délivré par erreur à Teva. Le procureur général fait donc valoir que selon la nouvelle interprétation du Règlement sur les MBAC qui est en litige dans la présente affaire, Pfizer était parfaitement en mesure de protéger son brevet mais a décidé de ne pas exercer ce droit.

[126] Deuxièmement, le procureur général fait valoir que la conclusion selon laquelle la présentation administrative de drogue de Teva ne tombe pas sous le coup du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC est étayée par le libellé des dispositions réglementaires pertinentes ainsi que par la jurisprudence, surtout si on les considère sous l'angle de l'approche téléologique susmentionnée.

[127] À cet égard, le procureur général signale que le Règlement sur les MBAC ne définit pas ce qu'est une « présentation » et que, selon le Règlement sur les AD, la licence que GMP a concédée à Teva donnerait lieu à la nécessité de déposer une présentation supplémentaire pour un AC en vertu de l'article C.08.003 du Règlement sur les AD parce qu'il y aurait des changements à l'étiquette et au nom du médicament. Le procureur général ajoute que les présentations supplémentaires, au sens de l'article C.08.003 du Règlement sur les AD, ne sont pas toutes des « présentations » au sens du Règlement sur les MBAC car la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont conclu que les présentations supplémentaires que font des sociétés innovatrices à la suite de légers changements aux présentations qu'ils ont soumises à Santé Canada ne sont pas des « présentations » selon une version antérieure du Règlement sur les MBAC (invoquant à cet égard l'arrêt *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2001 CanLII 22128 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux paragraphes 13, 19 et 21, conf. par 2002 CAF 32; *Ferring Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 274, aux paragraphes 13 à 18, autorisation d'interjeter appel refusée par [2004] 1 R.C.S. viii (C.S.C.); *Toba Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CFPI 927, aux paragraphes 28 et 34; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre*



2005 FCA 175, 39 C.P.R. (4th) 366, at paragraph 4; *Hoffman-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, 2005 FCA 140, [2006] 1 F.C.R. 141, at paragraph 25).

[128] In these cases, innovator companies sought to extend their protection under the PMNOC Regulations by filing supplemental submissions for an updated NOC, arguing such filings gave rise to a right to re-list the patent under section 4 of the PMNOC Regulations. The Courts disagreed and found that under a purposive interpretation such supplemental submissions did not constitute “a submission” within the meaning of section 4 of the PMNOC Regulations. The Attorney General says that these cases should apply by analogy here.

[129] Thirdly, the Attorney General argues that this case is on all fours with the decision of Justice Lemieux in *Glaxosmithkline Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1302, 38 C.P.R. (4th) 27 (*Glaxo*), where Justice Lemieux dealt with the Minister of Health’s Name Change policy and held that administrative new drug submissions filed under that policy did not engage the PMNOC Regulations as such submissions do not constitute “submissions” within the meaning of subsection 5(1) of the PMNOC Regulations. The Attorney General submits that the *Glaxo* decision is the binding authority in this case and that the decision of the Minister to issue the NOC to Teva must therefore be upheld.

[130] Finally, the Attorney General argues that the decisions in *Nu-Pharm 1* and *Nu-Pharm 2* are distinguishable on two bases. First, in those cases, it was clear that the generic company was attempting to circumvent the regulations. Here, however, GMP and Teva acted in compliance with the Minister’s policy. Second, Pfizer had an opportunity to exercise its rights under the regulations when it received the NOA from GMP. Such an opportunity, however, was not available to the innovator company in the *Nu-Pharm* cases, which arose during the transition period from the previous compulsory licensing system, and the licensor generic company, unlike

*de la Santé*), 2004 CF 736, au paragraphe 39, conf. par 2005 CAF 175, au paragraphe 4; *Hoffman-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CAF 140, [2006] 1 R.C.F. 141, au paragraphe 25).

[128] Dans ces affaires, les sociétés innovatrices cherchaient à étendre la protection que leur conférait le Règlement sur les MBAC en déposant des présentations supplémentaires concernant un AC mis à jour, faisant valoir que ces documents conféraient le droit de réinscrire le brevet en vertu de l’article 4 du Règlement sur les MBAC. Les Cours ont exprimé leur désaccord et ont conclu que, selon une interprétation téléologique, ces présentations supplémentaires n’étaient pas une « présentation » au sens de l’article 4 du Règlement sur les MBAC. Le procureur général dit que, par analogie, ces affaires devraient s’appliquer en l’espèce.

[129] Troisièmement, le procureur général fait valoir que la présente affaire correspond en tout point à la décision qu’a rendue le juge Lemieux dans l’affaire *Glaxosmithkline Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1302 (*Glaxo*), où il était question de la Politique sur les changements de nom du ministre de la Santé et où il a conclu que les présentations administratives de drogue nouvelle déposées en vertu de cette politique ne mettaient pas en cause le Règlement sur les MBAC car il ne s’agissait pas de « présentations » au sens du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC. Le procureur général soutient que la décision *Glaxo* est celle qui fait autorité en l’espèce et qu’il faut donc confirmer la décision du ministre de délivrer l’AC à Teva.

[130] Enfin, le procureur général soutient qu’il est possible de distinguer de la présente espèce les décisions qui ont été rendues dans *Nu-Pharm 1* et *Nu-Pharm 2*, et ce, pour deux raisons. Premièrement, dans ces deux affaires, il était évident que le fabricant de médicaments génériques tentait de contourner le règlement. Dans le cas présent, cependant, GMP et Teva ont agi d’une manière conforme à la politique du ministre. Deuxièmement, Pfizer a eu la possibilité d’exercer ses droits en vertu du règlement quand elle a reçu l’AA de GMP. Cette possibilité n’était toutefois pas offerte à la société innovatrice dans les affaires *Nu-Pharm*, lesquelles ont pris naissance



GMP, was therefore not required to serve the innovator with an NOA.

[131] In assessing the Attorney General’s arguments, I concur that it is necessary to interpret the relevant statutory and regulatory provisions through a purposive approach as it is well settled that there is a single correct approach to statutory interpretation, namely, that the words of the provision 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” (see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21; *Biolyse*, at paragraph 37; and *Agraira*, at paragraph 64).

[132] I, however, disagree that a purposive interpretation of the regulatory and legislative provisions in this case leads to the conclusion urged by the Attorney General for several reasons.

[133] First, in my view, the purpose of the PMNOC Regulations is more nuanced than the Attorney General suggests. The regulations exist not only to allow generic companies to early work patented medicines to develop generic formulations and to have them ready as soon as possible but, also, to balance these interests with those of the patentee in obtaining protection for innovations that are legitimately patented. The regulations’ recognition of patentees’ interests is evident in the provisions that require this Court to issue a prohibition order if it finds a generic company’s NOA is justified and which allow the patentee to forestall the entry of the generic version of the drug onto the market until this Court rules on the justification of the NOA.

[134] This balancing of competing interests in the PMNOC Regulations is reflected in the RIAS cited at

au cours de la période de transition qui a suivi l’ancien système d’octroi de licences obligatoire, et le fabricant de médicaments génériques concédant, contrairement à GMP, n’était donc pas tenu de signifier un AA à la société innovatrice.

[131] Pour évaluer les arguments qu’invoque le procureur général, je conviens qu’il est nécessaire d’interpréter les dispositions législatives et réglementaires pertinentes sous un angle téléologique, car il est bien établi qu’il existe une seule manière correcte d’aborder l’interprétation d’une loi, à savoir que les mots de la disposition doivent être interprétés « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21; *Biolyse*, au paragraphe 37; et *Agraira*, au paragraphe 64).

[132] Je disconviens toutefois qu’une interprétation téléologique des dispositions réglementaires et législatives dont il est question en l’espèce mène à la conclusion que préconise le procureur général, et ce, pour plusieurs raisons.

[133] Premièrement, selon moi, l’objet du Règlement sur les MBAC est plus nuancé que le procureur général le laisse entendre. Le règlement a non seulement pour but de permettre aux fabricants de médicaments génériques de mettre au point de manière anticipée des formulations génériques et de veiller à ce que celles-ci soient prêtes le plus tôt possible mais, aussi, de mettre en balance ces droits avec ceux du breveté pour ce qui est d’obtenir une protection pour les innovations qui sont légitimement brevetées. La reconnaissance du règlement à l’égard des droits des brevetés ressort de manière évidente dans les dispositions qui exigent que la Cour fédérale rende une ordonnance d’interdiction si elle conclut que l’AA d’un fabricant de produits génériques est justifié et qui autorisent le breveté à empêcher l’entrée sur le marché de la version générique du médicament jusqu’à ce que la Cour se soit prononcée sur la justification de l’AA.

[134] Cette mise en balance de droits opposés dans le Règlement sur les MBAC se reflète dans l’extrait du

paragraph 16 of these reasons and in the jurisprudence. Notably, in *Biolyse*, which is the linchpin of the Attorney General's argument in this case, Justice Binnie, writing for the majority, indicated that the purpose of the regulations is to ensure that generic companies which make a comparison to an innovator drug must comply with subsection 5(1) (at paragraph 65):

The interpretation offered by BMS of s. 5(1.1) pushes the provision well beyond its stated purpose of preventing generic manufacturers from hiding their reliance on innovator drugs by putting forward as their reference drug another generic manufacturer's product, in circumstances where both generics are simply copies of the innovator drug. If the approval of the generic drug is related to the work of another drug manufacturer in respect of which a patent list has been filed (as in the Nu-Pharm type situations), it will be caught by s. 5(1.1) [emphasis added]. However, in this case, as stated, the motions judge found that the Minister did not rely on the BMS work. He relied on work performed by *Biolyse* itself and "on what was known to scientists in the public realm about paclitaxel" (para. 40). [Emphasis in original.]

[135] In the present case, Teva has made precisely the sort of comparison that Justice Binnie indicated in *Biolyse* fell within the scope of subsection 5(1.1) of the PMNOC Regulations. (The differences between that provision and the current version of subsection 5(1) of the PMNOC Regulations are immaterial to the issues in this case). Thus, the fact that Teva did not seek to take advantage of the early working exception is irrelevant to the objective of subsection 5(1) to extend protection to the rights of patentees. Therefore, in accordance with the ruling of the Supreme Court in *Biolyse*, requiring Teva to comply with subsection 5(1) of the PMNOC Regulations accords with the purpose of the regulations.

[136] In short, the regulations exist to balance the rights of innovators, generic companies and the public, and it is consistent with that balancing exercise and the structure of the regulations that a company that wishes

REIR qui est cité au paragraphe 16 des présents motifs, de même que dans la jurisprudence. Notamment, dans l'arrêt *Biolyse*, qui constitue l'élément clé de l'argumentation du procureur général dans la présente affaire, le juge Binnie, s'exprimant au nom de la majorité, a déclaré que l'objet du règlement est de veiller à ce que les fabricants de médicaments génériques qui font une comparaison avec un médicament innovateur se conforment au paragraphe 5(1) (au paragraphe 65) :

L'interprétation que donne BMS du par. 5(1.1) pousse la disposition bien au-delà de son objet déclaré, qui est d'empêcher les fabricants de produits génériques de cacher qu'ils se fendent sur des drogues nouvelles en soumettant un autre produit générique au titre de médicament de référence, alors que les deux produits génériques ne sont que des copies de la drogue nouvelle. Si l'approbation d'un produit générique est liée aux travaux d'une autre société pharmaceutique à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise (comme dans les cas semblables à celui de Nu-Pharm), cette approbation sera visée par le par. 5(1.1) [non souligné dans l'original]. Or, en l'espèce, ainsi que je l'ai mentionné, le juge des requêtes a conclu que le ministre ne s'était pas fondé sur les travaux de BMS. Il s'est fondé sur les travaux réalisés par *Biolyse* elle-même et « sur les connaissances scientifiques relatives au paclitaxel qui faisaient partie du domaine public » (par. 40). [Souligné dans l'original.]

[135] Dans la présente affaire, Teva a fait précisément le genre de comparaison qui, comme l'a mentionné le juge Binnie dans l'arrêt *Biolyse*, tombait sous le coup du paragraphe 5(1.1) du Règlement sur les MBAC. (Les différences entre cette disposition et la version actuelle du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC importe peu pour les questions qui sont en litige en l'espèce.) En conséquence, le fait que Teva n'ait pas cherché à tirer avantage de l'exception relative à la fabrication anticipée est peu pertinent pour l'objectif du paragraphe 5(1), qui consiste à étendre la protection aux droits des brevetés. En conséquence, conformément à la décision que la Cour suprême a rendue dans l'arrêt *Biolyse*, le fait d'exiger que Teva se conforme au paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC concorde avec l'objet du règlement.

[136] En bref, le règlement a pour objet de mettre en équilibre les droits des sociétés innovatrices, des fabricants de produits génériques et du grand public, et il est compatible avec cet exercice de mise en équilibre

to enter the market with a generic version of a drug listed on the patent list be required to address the relevant patents. The situation cannot be likened to that of an innovator company that attempts to re-list a patent through a minor change that requires the filing of a supplemental NDS. Thus, once the purpose of the PMNOC Regulations is properly understood, it supports the conclusion that a company in the position of Teva must comply with subsection 5(1) of the PMNOC Regulations.

[137] Secondly, I disagree that the *Nu-Pharm* cases are distinguishable. While they arose in a different fact pattern under an earlier version of section 5 of the PMNOC Regulations, neither of these points provides the basis for a principled distinction from the situation in this case. In both *Nu-Pharm* decisions, the Federal Court of Appeal did not limit its decision to the facts before it but, rather, indicated that subsection 5(1) of the PMNOC Regulations exists to require all generic companies who obtain their rights through a licence to address an innovator company's patent on the patent register created by the regulations, whether they make a direct or an indirect comparison to the innovator's product.

[138] In *Nu-Pharm 1*, Justice McDonald, who wrote for the [Federal] Court of Appeal, stated that section 5 of the PMNOC Regulations (at paragraph 8):

... ensure[s] that a person who seeks a Notice of Compliance for a drug must file an allegation and a detailed statement of its factual and legal basis, and must serve a Notice of Allegation if that person wishes to compare that drug with, or make a reference to, a drug in respect of which a patent list has been submitted. Nu-Pharm can not piggy-back its claim on the Generic Drug Company who relies on the tests of the patentee and then state it need not comply with the *Act* because the Generic Company did not issue a patent list. The fact remains that although it is one step removed, Nu-Pharm is relying on the tests and other work done by the patentees, whom the Generic Company relied on. While Nu-Pharm claims to be comparing its drug to Generic 1's, it, nonetheless, is, in

et la structure du règlement qu'une société qui souhaite lancer sur le marché une version générique d'un médicament inscrit dans la liste des brevets soit tenue de traiter des brevets pertinents. La situation n'est pas assimilable à celle d'une société innovatrice qui tente de réinscrire un brevet à la suite d'un changement mineur obligeant à déposer une PDN supplémentaire. C'est donc dire qu'une fois que l'on a bien saisi l'objet du Règlement sur les MBAC, il étaye la conclusion qu'une société se trouvant dans la situation de Teva se doit de se conformer au paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC.

[137] Deuxièmement, je ne suis pas d'accord pour dire que les arrêts *Nu-Pharm* se distinguent de la présente espèce. Même si ces derniers ont trait à une situation de fait différente visée par une version antérieure de l'article 5 du Règlement sur les MBAC, ni l'un ni l'autre ne servent de fondement à une distinction fondée sur des principes par rapport à la situation dont il est question en l'espèce. Dans les deux arrêts *Nu-Pharm*, la Cour d'appel fédérale n'a pas restreint sa décision aux faits qui lui étaient soumis, mais elle a plutôt indiqué que le paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC a pour but d'exiger que tous les fabricants de médicaments génériques qui obtiennent leurs droits par la voie d'une licence traitent d'un brevet d'une société innovatrice inscrit dans le registre de brevets créé par le règlement, et ce, que ces fabricants fassent une comparaison directe ou indirecte avec le produit de la société innovatrice.

[138] Dans l'arrêt *Nu-Pharm 1*, le juge McDonald, qui a rédigé la décision pour la Cour d'appel [fédérale], a déclaré que l'article 5 du Règlement sur les MBAC (au paragraphe 8) :

[...] oblig[e] donc la personne qui souhaite obtenir un avis de conformité relativement à une drogue à déposer une allégation, fournir un énoncé détaillé des faits et du droit sur lesquels elle se fonde, et signifier un avis d'allégation si elle veut comparer cette drogue ou faire un renvoi à une drogue à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise. Nu-Pharm ne peut lier sa revendication au fabricant de drogues génériques qui s'appuie sur les épreuves réalisées par le breveté puis déclarer qu'elle n'a pas à se conformer à la Loi parce qu'aucune liste de brevets n'a été déposée par l'entreprise générique. Il n'empêche que Nu-Pharm, même si elle n'est pas tout à fait rendue à cette étape, se fonde sur les épreuves et les autres travaux effectués par les brevetés sur lesquels s'est appuyée

essence, comparing it to that of the original patentee, because Generic 1 compared its drug to that of the patentee. It is a question of interpretation which requires the Court to construe the words in context so as to be consistent with the purpose of the *Act*. Thus, in our view, Nu-Pharm cannot circumvent the Regulations by cross-referencing its drug submission to a generic, which filed an Abbreviated Drug Submission.

[139] To similar effect, in *Nu-Pharm 2*, Justice Sharlow, who wrote for the [Federal] Court of Appeal, noted at paragraph 15 that the issue in that case concerned “whether Regulation 5(1) is engaged by the filing of an ANDS if the Canadian reference product it names *is not* the subject of a patent list, but the notice of compliance for that Canadian reference product was obtained by comparison to a drug that *is* the subject of a patent list” [emphasis in original].

[140] In result, she held that the situation was indistinguishable from *Nu-Pharm 1* as the generic company sought to compare its product directly or indirectly to a patent listed on the patent register. She thus concluded that under the holding in *Nu-Pharm 1*, the generic company was required to comply with section 5 of the PMNOC Regulations (at paragraph 30):

To describe Nu-Pharm’s ANDS for Nu-Enalapril as “standing alone” is to distort the facts. Nu-Pharm’s actions belie its assertion that it does not wish to compare Nu-Enalapril to Vasotec or refer to Vasotec. Its ANDS for Nu-Enalapril, by using Apo-Enalapril as its Canadian reference product, invites comparison to Vasotec just as surely as if Vasotec were named, because the new drug submission for Apo-Enalapril used Vasotec as its Canadian reference product. In these circumstances, Nu-Pharm cannot deny that it wishes a comparison to be made between Nu-Enalapril and Vasotec. Nor can Nu-Pharm avoid the obligations of Regulation 5(1) by hiding its wish behind a form of ANDS that expressly names only Apo-Enalapril.

l’entreprise générique. Bien que Nu-Pharm soutienne qu’elle compare sa drogue à celle de Générique 1, il n’en demeure pas moins que, pour l’essentiel, elle compare sa drogue à celle du breveté initial, puisque Générique 1 a comparé sa drogue à la drogue de ce dernier. Il s’agit d’une question d’interprétation qui oblige la Cour à analyser les termes dans leur contexte si elle veut respecter l’objet de la Loi. Par conséquent, nous sommes d’avis que Nu-Pharm ne peut se soustraire aux dispositions réglementaires en renvoyant, dans sa demande, à un produit générique qui fait l’objet d’une présentation de drogue nouvelle abrégée.

[139] Dans la même veine, dans l’arrêt *Nu-Pharm 2*, la juge Sharlow, qui a rédigé la décision pour la Cour d’appel [fédérale], a fait remarquer au paragraphe 15 que la question à trancher dans cette affaire consistait à « savoir si l’application du paragraphe 5(1) du Règlement est déclenchée par le dépôt d’une PADN lorsque le produit de référence canadien qui y est désigné *n’est pas* l’objet d’une liste de brevets, mais que l’avis de conformité relatif au produit en question a été obtenu au moyen d’une comparaison avec une drogue figurant sur une liste de cette nature » [caractère gras et italique dans l’original].

[140] En fin de compte, la juge Sharlow a conclu que la situation ne pouvait pas être distinguée de celle dont il était question dans la décision *Nu-Pharm 1* car le fabricant de médicaments génériques cherchait à comparer son produit directement ou indirectement à un brevet inscrit dans le registre de brevets. Elle a donc conclu que d’après la décision rendue dans *Nu-Pharm 1*, le fabricant de médicaments génériques était tenu de se conformer à l’article 5 du Règlement sur les MBAC (au paragraphe 30) :

Dire que la PADN de Nu-Pharm à l’égard du produit Nu-Énalapril est “ complète en soi ” ne correspond pas à la réalité. La conduite de Nu-Pharm va à l’encontre de son affirmation selon laquelle elle ne désire pas comparer le produit Nu-Énalapril avec le Vasotec ou renvoyer à celui-ci. En mentionnant, dans sa PADN relative au Nu-Énalapril, le produit Apo-Énalapril à titre de produit de référence canadien, elle invite à faire une comparaison avec le Vasotec de la même façon que si celui-ci avait été désigné explicitement, parce que le Vasotec était le produit de référence canadien mentionné dans la présentation de drogue nouvelle concernant le produit Apo-Énalapril. Dans ces circonstances, Nu-Pharm ne peut nier qu’elle veut faire une comparaison entre le produit Nu-Énalapril et le Vasotec. Elle ne peut non plus se soustraire aux obligations énoncées au paragraphe 5(1) du Règlement en dissimulant son intention derrière une forme de PADN

[141] In both *Nu-Pharm* cases the generic company, just like Teva, had acquired the right to produce the drug in question under a licence from another generic company. In light of this and given the fact that the [Federal] Court of Appeal did not limit its reasoning in these cases to the particular facts before it, I believe these cases are binding on me and apply to this case. Just like the generic companies in the *Nu-Pharm* cases, Teva has filed a submission that makes a direct or indirect comparison to AROMASIN and has filed a submission for an NOC. It therefore follows that the Minister was incorrect in issuing the NOC to Teva.

[142] Third, the decision of Justice Lemieux in *Glaxo* that the Attorney General relies on is distinguishable because the fact pattern in *Glaxo* is different as the generic company in that case had complied with subsection 5(1) of the PMNOC Regulations and had served an NOA on the innovator company in respect of whose product it had undertaken a comparison. It therefore was not required to file an NOA in respect of another company who had a patent for a very similar drug. Due to this, Justice Lemieux concluded at paragraph 56 that “on the facts of [that] case, Apotex [was] not doing an end run on the Regulations. Its NOC [was] based on the NOC which 3M, a patent holder whose product is on the patent list received from the Minister.” Thus, the comments the Attorney General relies on are *obiter dicta* and accordingly are not binding.

[143] Fourth, the cases interpreting the meaning of “submission” in the context of section 4 of the PMNOC Regulations for purposes of listing a patent on the patent register under an earlier version of the PMNOC Regulations are inapplicable to the issues in this case. Simply put, the concerns about an innovator company extending its entitlements under the regulations through administrative filings do not arise in this case.

dans laquelle seul le produit Apo-Énalapril est expressément nommé.

[141] Dans les deux arrêts *Nu-Pharm*, le fabricant de médicaments génériques, à l’instar de Teva, avait acquis le droit de produire le médicament en question sous une licence d’un autre fabricant de médicaments génériques. Compte tenu de cela et du fait que la Cour d’appel [fédérale] n’a pas restreint son raisonnement dans ces affaires aux faits particuliers dont elle était saisie, je crois que ces arrêts me lient et s’appliquent à la présente espèce. À l’instar des fabricants de médicaments génériques dont il était question dans les arrêts *Nu-Pharm*, Teva a déposé une présentation qui fait une comparaison directe ou indirecte avec l’AROMASIN et a déposé une présentation pour un avis de conformité. Il s’ensuit donc que le ministre a commis une erreur en délivrant l’AC à Teva.

[142] Troisièmement, la décision du juge Lemieux dans l’arrêt *Glaxo*, sur laquelle se fonde le procureur général, est à distinguer de la présente espèce car, dans l’arrêt *Glaxo*, la situation factuelle est différente étant donné que le fabricant de médicaments dans cette affaire s’était conformé au paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC et avait signifié un AA à la société innovatrice qui avait créé le produit avec lequel elle avait fait une comparaison. Le fabricant n’était donc pas tenu de déposer un AA à l’égard d’une autre société qui détenait un brevet concernant un médicament fort semblable. En raison de cela, le juge Lemieux a conclu, au paragraphe 56, que « compte tenu des faits de l’espèce, Apotex ne contour[n]ait pa[s] le Règlement. Son avis de conformité se fonde sur l’avis de conformité que 3M, un titulaire de brevet dont le produit est inscrit sur la liste de brevets, a reçu du ministre ». Les commentaires sur lesquels se fondent le procureur général sont par conséquent une remarque incidente et je ne suis donc pas liée par eux.

[143] Quatrièmement, les arrêts interprétant le sens du mot « présentation » dans le contexte du Règlement sur les MBAC pour les besoins de l’inscription d’un brevet au registre de brevets sous le régime d’une version antérieure de ce règlement ne s’applique pas aux questions qui sont en litige en l’espèce. Pour dire les choses simplement, les préoccupations au sujet du fait qu’une société innovatrice étende ses droits en vertu du règlement au



[144] Here, it is clear that Teva sought an NOC to market a drug in Canada based on the direct comparison of its product to AROMASIN or on an indirect comparison of its drug to AROMASIN by piggy-backing on GMP's comparison. Such comparisons engage subsection 5(1) of the PMNOC Regulations under a purposive interpretation of the requirements of the regulations because the Regulations strike the required balance between competing interests by requiring generic companies who make such comparisons to address the patents on the patent register.

[145] The Federal Court of Appeal has so held in the *Nu-Pharm* cases. As these decisions are indistinguishable, it follows that this application must be granted and the decision of the Minister set aside because Teva did make a submission for an NOC that directly or indirectly compared its product to AROMASIN within the meaning of subsection 5(1) of the PMNOC Regulations. Under section 7 of the PMNOC Regulations, the Minister of Health could not issue Teva an NOC when it made such a submission until Teva addressed the '059 patent. Thus, the Minister's decision to issue Teva the NOC was made in contravention of section 7 of the PMNOC Regulations and must be set aside.

#### VIII. Costs

[146] The parties submitted that costs should follow the event. I agree that this is appropriate and find they should be based on the mid-point of Column III of Tariff B to the Rules [*Federal Courts Rules*, SOR/98-106]. Counsel for the parties indicated that they should be able to concur as to the amount payable and I therefore remit the issue to them. In the event they are unable to agree, the parties may make written submissions as to appropriate quantum of costs within 45 days from the date of this judgment.

moyen d'une présentation administrative ne se posent pas en l'espèce.

[144] Ici, il est évident que Teva sollicitait un AC pour commercialiser un médicament au Canada en se fondant sur une comparaison directe de son produit avec l'AROMASIN ou sur une comparaison indirecte de son médicament avec l'AROMASIN en se greffant à la comparaison de GMP. De telles comparaisons mettent en cause le paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC selon une interprétation téléologique des exigences du Règlement, car ce dernier établit l'équilibre requis entre des droits opposés en obligeant les fabricants de médicaments génériques à faire de telles comparaisons pour traiter des brevets inscrit au registre des brevets.

[145] C'est ce que la Cour d'appel fédérale a conclu dans les décisions *Nu-Pharm*. Comme ces dernières ne peuvent être distinguées de la présente espèce, il s'ensuit qu'il convient de faire droit à la demande et d'infirmier la décision du ministre parce que Teva a bel et bien fait une présentation pour un avis de conformité qui compare directement ou indirectement son produit à l'AROMASIN au sens du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC. Aux termes de l'article 7 de ce règlement, le ministre de la Santé ne pouvait pas délivrer à Teva un AC lorsqu'elle a fait cette présentation avant qu'elle ne traite du brevet '059. En conséquence, la décision du ministre de délivrer l'AC à Teva est contraire à l'article 7 du Règlement sur les MBAC et doit donc être infirmée.

#### VIII. Les dépens

[146] Les parties ont fait valoir que les dépens devaient suivre l'issue de la cause. Je conviens que cela est approprié et je conclus que les dépens devraient être fondés sur le milieu de la fourchette de la colonne III du tarif B des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106]. Les avocats des parties ont indiqué qu'ils devraient être capables de s'entendre sur le montant à payer et je leur renvoie donc la question. Advenant qu'ils ne puissent pas s'entendre, les parties pourront présenter des observations écrites sur le montant de dépens approprié dans les 45 jours suivant la date du présent jugement.



## JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. This application is granted;
2. The decision of the Minister of Health granting an NOC to Teva for its exemestane tablets is set aside;
3. Pfizer is entitled to costs at the mid-point of Column III of Tariff B, in an amount to be settled by the parties or determined by the Court in accordance with the procedure outlined in paragraph 146 of these reasons; and
4. The style of cause is amended to add the Attorney General of Canada as a respondent.

## JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. la présente demande est accueillie;
2. la décision par laquelle le ministre de la Santé a accordé un AC à Teva pour ses comprimés d'exémestane est infirmée;
3. Pfizer a droit aux dépens au milieu de la fourchette de la colonne III du tarif B, et le montant sera fixé par les parties ou par la Cour de la manière décrite au paragraphe 146 des présents motifs;
4. l'intitulé de la cause est modifié en vue d'y ajouter le procureur général du Canada à titre de 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. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.*

**\* 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.**

---

## INDUSTRIAL DESIGN

Appeal from Federal Court (F.C.) decision (2013 FC 616) dismissing appellants' action against respondents for patent infringement—Zero Spill Systems (Int'l) Inc. (appellant) non-exclusive licensee of Canadian Patent Nos. 2136375 ('375 patent), 2258064 ('064 patent), Canadian Industrial Design No. 86793 ('793 design) covering fluid containment apparatuses for use in oil field operations—Respondents making, selling "CAPP trays" to capture leaks, spills during oil field operations—F.C. noting similarities between '793 design, CAPP trays; finding however that appellant failing to identify features of '793 design protected under *Industrial Design Act*, R.S.C., 1985, c. I-19 (Act), s. 5.1(a)—Appellant submitting having no such burden, only those features whose form dictated solely by their function excluded from protection under s. 5.1(a), rather than all features that may have coincident function—F.C. erring in law when it required appellant to lead evidence explaining which features of '793 design complied with s. 5.1(a)—F.C.'s finding that all functional features of industrial design unprotectable by virtue of s. 5.1(a) even though those features also appealing to eye running counter to both ordinary meaning of s. 5.1(a), purpose of Act—Plain text of s. 5.1(a) and purpose underlying Act confirming functional features of designs may be protected under Act—Only those features whose form dictated solely by function not protected—F.C.'s construction of '375 patent claims correct, patent not infringed—F.C.'s finding '064 patent invalid could not stand—F.C. not construing completely claims thereof—As a result, not possible for F.C. to properly assess issues of anticipation, obviousness—F.C.'s finding '265 patent entirely invalid because obvious also could not stand—F.C. adopting same approach as for '064 patent—That approach found to be in error—F.C. required to construe or determine inventive concept of each claim at issue, assess combinations of various elements claimed to determine whether they were inventive—Appeal allowed in part.

ZERO SPILL SYSTEMS (INT'L) INC. v. HEIDE (A-293-13, 2015 FCA 115, Stratas J.A., judgment dated May 4, 2015, 34 pp.)

## PATENTS

### INFRINGEMENT

Appeals from Federal Court (F.C.) decision (2013 FC 1061) regarding Bayer Inc. and Bayer Pharma Aktiengesellschaft's (Bayer) application under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (NOC Regulations) to prohibit Minister of Health from issuing notice of compliance (NOC) to Cobalt Pharmaceuticals Company (Cobalt) concerning Cobalt's proposed drospirenone, ethinylestradiol combination product until expiry of each of Canadian Patent Nos. 2382426 ('426 patent), 2179728 ('728 patent)—Cobalt issuing notices of allegation alleging, *inter alia*, invalidity of patents on basis of obviousness, lack of utility—Bayer distributor of birth control tablets under brand name YAZ—Cobalt intending to distribute generic version of YAZ—F.C. granting Bayer's application concerning '426 patent (Cobalt appealing in A-376-13)—Dismissing Bayer's application concerning '728 patent (Bayer appealing in A-385-13)—F.C.'s construction of patent to be reviewed on basis of correctness—This view said to stem from fact issued letters patent "regulation" under *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 2(1)—However, in process of interpretation, patents to be read through eyes of the skilled reader—As such interpretation not within purview of judge, parties almost always adducing expert evidence to explain how skilled reader would read, understand patent—F.C.'s assessment of expert evidence reviewable for palpable, overriding error—Above-mentioned law applied herein—However, following *obiter* comments made—In formal sense, patent a "law" under *Interpretation Act*—However, wrong to assume such formal designation determining standard of review issue—Correctness review not required for consistency, certainty

**PATENTS**—Concluded

in interpretation of patents—Doctrine of comity ensuring sufficient consistency, certainty in meaning of patents, just as it ensures consistency, certainty under current approach to standard of review—Distinction between “letters patent”, patent specifications—“Letters patent” under *Interpretation Act* including only certificate bearing seal of Canadian Intellectual Property Office issued to inventor upon approval of application—Patent application instead becoming patent specification, not to be considered “letters patent” under *Interpretation Act*—Distinction having practical effect that only “letters patent” reviewed for correctness—Interpretations of specification then reviewed on basis of palpable, overriding error when dependent on expert testimony—Specification remaining legal document, but even legal documents subject to review on deferential standard—Regarding appeal in A-376-13, Cobalt not establishing reviewable errors in F.C.’s decision relating to claim construction, obviousness, or lack of utility for lack of sound prediction—F.C. not prevented from issuing prohibition order pending expiry of '426 patent despite not having considered insufficiency, overbreadth—As to appeal in A-385-13, no errors in F.C.’s finding regarding construction of claims of '728 patent, F.C. making no reviewable error in concluding that Cobalt’s allegation of non-infringement justified—Appeals dismissed.

COBALT PHARMACEUTICALS COMPANY V. BAYER INC. (A-376-13, A-385-13, 2015 FCA 116, Stratas and Pelletier JJ.A., judgment dated May 4, 2015, 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.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

---

## BREVETS

### CONTREFAÇON

Appels de la décision de la Cour fédérale (C.F.) (2013 CF 1061) concernant la demande de Bayer Inc. et Bayer Pharma Aktiengesellschaft (Bayer), présentée en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement AC), visant à interdire au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à la société Cobalt Pharmaceuticals (Cobalt) à l'égard de l'association médicamenteuse drospirénone + éthinyloestradiol proposée avant l'expiration des brevets canadiens n° 2382426 (brevet '426) et n° 2179728 (brevet '728)—Cobalt a délivré des avis d'allégation indiquant, entre autres, que les brevets étaient invalides pour cause d'évidence et d'absence d'utilité—Bayer distribue un contraceptif oral sous le nom commercial YAZ—Cobalt voulait distribuer une version générique des comprimés YAZ—La C.F. a accueilli la demande de Bayer concernant le brevet '426 (Cobalt a interjeté appel dans le dossier A-376-13)—La C.F. a rejeté la demande de Bayer concernant le brevet '728 (Bayer a interjeté appel dans le dossier A-385-13)—L'interprétation qu'a fait la C.F. du brevet doit être examinée selon la norme de la décision correcte—Cette opinion viendrait du fait que les brevets constituent un « règlement » au sens de l'art. 2(1) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21—Cependant, dans le processus d'interprétation, les brevets doivent être interprétés du point de vue d'un lecteur avisé—Comme une telle interprétation n'est pas du ressort du juge, les parties présentent presque toujours une preuve d'expert pour expliquer comment un lecteur avisé interpréterait et comprendrait le brevet—L'évaluation de la preuve d'expert par la C.F. était susceptible de contrôle pour cause d'erreur manifeste et dominante—La loi susmentionnée a été appliquée en l'espèce—Les remarques incidentes suivantes ont été formulées—Dans le sens officiel, un brevet est une « loi » au sens de la *Loi d'interprétation*—Cependant, il est faux de prendre pour acquis qu'une telle désignation officielle permet de trancher la question de la norme de contrôle—Un contrôle selon la norme de la décision correcte n'est pas nécessaire pour assurer la cohérence et la certitude de l'interprétation des brevets—La doctrine de la courtoisie judiciaire permet d'assurer une cohérence et une certitude suffisantes dans la signification des brevets ainsi que d'assurer la cohérence et la certitude de l'approche actuelle de la norme de contrôle—Il existe une distinction entre les « lettres patentes » et le mémoire descriptif des brevets—Les « lettres patentes », selon la *Loi d'interprétation*, n'incluent que le certificat portant le sceau de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada délivré à l'inventeur lorsque la demande est accueillie—La demande de brevet devient alors un mémoire descriptif et ne peut être qualifié de « lettres patentes » au sens de la *Loi d'interprétation*—Cette distinction fait en sorte, concrètement, que seuls les « lettres patentes » sont assujettis à la norme de la décision correcte—L'interprétation du mémoire descriptif peut ensuite faire l'objet d'un contrôle pour cause d'erreur manifeste et dominante lorsqu'elle est fondée sur un témoignage d'expert—Le mémoire descriptif demeure un document juridique, mais même les documents juridiques doivent faire l'objet d'un contrôle suivant la norme déférente—En ce qui a trait à l'appel dans le dossier A-376-13, Cobalt n'a pas établi qu'il y avait des erreurs susceptibles de contrôle dans la décision de la C.F. concernant l'interprétation de la demande, l'évidence, l'absence d'utilité ou la prédiction valable—Il est loisible à la C.F. de rendre une ordonnance d'interdiction en attendant l'expiration du brevet '426, même si elle ne s'est pas penchée sur la portée excessive et l'insuffisance—Quant à l'appel dans le dossier A-385-13, la C.F. n'a commis aucune erreur dans ses constatations concernant l'interprétation de la demande visant le brevet '728 ni aucune erreur susceptible de contrôle en concluant que l'allégation de non-violation de Cobalt était justifiée—Appels rejetés.

COBALT PHARMACEUTICALS COMPANY C. BAYER INC. (A-376-13, A-385-13, 2015 CAF 116, juges Stratas et Pelletier, J.C.A., jugement en date du 4 mai 2015, 33 p.)

**DESSINS INDUSTRIELS**

Appel de la décision de la Cour fédérale (C.F.) (2013 CF 616) rejetant l'action en contrefaçon de brevet des appelantes à l'encontre des intimées—Zero Spill Systems (Int'l) Inc. (appelante) est titulaire d'une licence non exclusive sur les brevets canadiens n<sup>os</sup> 2136375 (brevet '375) et 2258064 (brevet '064) et le dessin industriel canadien n<sup>o</sup> 86793 (dessin '793) se rapportant à des produits de confinement de fluides de gisements pétrolifères—Les intimées fabriquent et vendent des « plateaux de la société CAPP » qui servent à capter les fluides qui sont libérés lors de fuites ou de déversements dans le cadre de travaux d'exploitation de gisements pétrolifères—La C.F. a remarqué des similitudes entre le dessin '793 et les plateaux de la société CAPP, mais a conclu que l'appelante n'avait pas identifié les caractéristiques du dessin '793 qui étaient protégées par l'art. 5.1a) de la *Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. (1985), ch. I-9 (la Loi)—L'appelante a soutenu qu'elle n'avait pas ce fardeau et que seules les caractéristiques qui résultent uniquement de leur fonction utilitaire sont exclues de la protection prévue à l'art. 5.1a), et non pas toutes les caractéristiques qui pourraient avoir une fonction coïncidente—La C.F. a commis une erreur de droit lorsqu'elle a obligé l'appelante à présenter des éléments de preuve pour expliquer quelles caractéristiques du dessin '793 étaient conformes à l'art. 5.1a)—La conclusion de la C.F. selon laquelle aucune des caractéristiques fonctionnelles du dessin industriel ne peut être protégée par l'art. 5.1a) même si elles sont également visuelles va à l'encontre du sens ordinaire de l'art. 5.1a) et de l'objectif sous-jacent de la Loi—Le texte de l'art. 5.1a) et l'objectif sous-jacent de la Loi confirment que les caractéristiques fonctionnelles des dessins peuvent être protégées par la Loi—Seules les caractéristiques qui résultent uniquement de leur fonction utilitaire ne sont pas protégées—L'interprétation par la C.F. des revendications du brevet '375 était correcte et le brevet n'est pas contrefait—La conclusion de la C.F. voulant que le brevet '064 soit invalide ne pouvait pas être maintenue—La C.F. n'a pas interprété complètement les revendications en l'espèce—Par conséquent, il n'était pas possible pour la C.F. d'évaluer adéquatement les questions de l'antériorité et de l'évidence—En outre, la conclusion de la C.F. voulant que le brevet '265 soit entièrement invalide pour cause d'évidence ne pouvait pas être maintenue non plus—La C.F. a adopté la même approche que pour le brevet '064—Cette approche a été jugée erronée—La C.F. devait interpréter ou définir le concept inventif de chaque revendication en cause, et évaluer les combinaisons des divers éléments revendiqués afin de déterminer s'ils étaient inventifs—Appel accueilli en partie.

ZERO SPILL SYSTEMS (INT'L) INC. C. HEIDE (A-293-13, 2015 CAF 115, juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 4 mai 2015, 34 p.)





If undelivered, return to:  
Federal Courts Reports  
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada  
99 Metcalfe Street, 8th floor  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :  
Recueil des décisions des Cours fédérales  
Commissariat à la magistrature fédérale Canada  
99, rue Metcalfe, 8e étage  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3