



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2016, Vol. 1, Part 1

2016, Vol. 1, 1^{er} fascicule

Cited as [2016] 1 F.C.R., {³⁻²⁹⁹_{D-1-D-2}

Renvoi [2016] 1 R.C.F., {³⁻²⁹⁹_{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, 2016.

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, 2016.

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

Judgments	3–299
Digests	D-1–D-2

Bell Canada v. Amtelecom Limited Partnership (F.C.A.) 29

Telecommunications—Appeal from certain provisions of Telecom Regulatory Policy (June 3, 2013), CRTC 2013-271 (Code) issued by Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) for retail mobile wireless voice, data services providers—Code imposing, *inter alia*, mandatory terms in future contracts—Also applying to all contracts no matter when concluded, as of June 3, 2015 (drop-dead date)—Appellants challenging imposition of drop-dead date, claiming CRTC going beyond jurisdiction to make retrospective rules or to interfere with vested rights—CRTC promulgating Code based on *Telecommunications Act*, ss. 7, 24—Whether Code operating retrospectively or affecting vested rights; if Code retrospective, whether CRTC’s decision reasonable—Application of Code to contracts concluded before Code coming into effect interference with vested rights, giving Code retrospective application—Consequences of early termination after June 3, 2015 changed for consumer, wireless service provider—Wireless service provider having vested right to revenue stream provided in contract—CRTC’s interpretation of s. 24 reasonable—CRTC could not fulfill statutory mandate without implicit power to make rules with retrospective application—CRTC’s objectives grounded in Act, Canadian telecommunications policy—Promulgation of Code within CRTC’s mandate, Act’s policy objectives—Error to assess CTRC’s decision solely through lens of early cancellation fees—Code making wireless market more dynamic, in

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

Jugements	3–299
Fiches analytiques	F-1–F-2

Bell Canada c. Amtelecom Limited Partnership (C.A.F.) 29

Télécommunications—Appel interjeté à l’encontre de certaines dispositions de la Politique réglementaire de Télécom (3 juin 2013) CRTC 2013-271 (le Code) publiée par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) visant les fournisseurs de services vocaux et de données sans fil mobiles de détail—Le Code impose, entre autres, certaines clauses obligatoires dans les contrats futurs—Le Code s’applique également à tous les contrats, peu importe leur date de signature, à compter du 3 juin 2015 (le délai guillotine)—Les appelantes ont contesté l’imposition d’une date guillotine, au motif que le CRTC n’a pas compétence pour adopter des règles à portée rétrospective ou portant atteinte à des droits acquis—Le CRTC a promulgué le Code conformément aux art. 7 et 24 de la *Loi sur les télécommunications*—Il s’agissait de savoir si le Code s’applique de façon rétrospective ou s’il porte atteinte à des droits acquis et, dans le cas où le Code s’applique de façon rétrospective, si la décision du CRTC était raisonnable—L’application du Code aux contrats conclus avant son entrée en vigueur porte atteinte à des droits acquis et confère au Code une application rétrospective—Les conséquences de la résiliation anticipée après le 3 juin 2015 ont été changées, tant pour le consommateur que pour le fournisseur de services sans fil—Le fournisseur de services sans fil a un droit acquis à l’égard du flux de revenus établi par le contrat—L’interprétation de l’art. 24 par le CRTC était raisonnable—Le CRTC ne pourrait remplir le mandat que

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

best interests of consumers—Reasonable to have all consumers on same footing—Reasonable for CRTC to consider that s. 24 giving it power to impose Code retrospectively by necessary implication—Appeal dismissed.

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Telecom Regulatory Policy (June 3, 2013), CRTC 2013-271 (Code) issued by Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) for retail mobile wireless voice, data services providers—Code applying to all contracts no matter when concluded, as of June 3, 2015 (drop-dead date)—Appellants challenging imposition of drop-dead date, claiming CRTC going beyond jurisdiction to make retrospective rules or to interfere with vested rights—CRTC promulgating Code based on *Telecommunications Act*, ss. 7, 24—What is standard of review of CRTC's decision?—Whether *Telecommunications Act* authorizing CRTC to make rulings with retrospective effect or which interfere with vested rights—CRTC not explicitly addressing this issue—Where reasonable basis for decision apparent to reviewing court, decision should be upheld as reasonable—However, inappropriate to find no reasonable basis for tribunal's decision without giving it opportunity to provide one—Fairness requiring reviewing court to undertake own standard of review analysis—Question whether standard of review of CRTC's interpretation of s. 24, as implemented in drop-dead date clause, correctness or reasonableness—Reasonableness standard presumptively applying—To extent tribunal entitled to deference in interpretation of home statute, equally entitled to deference in its use of statutory interpretation tools—CRTC presumed to have required expertise to resolve question of whether s. 24 authorizing it to promulgate Code with retrospective effect—Presumption of review of CRTC's interpretation of home statute on standard of reasonableness not rebutted.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

lui confère la loi que si le pouvoir d'établir des règles d'application rétrospective est exigé implicitement—Les objectifs du CRTC sont fondés sur la Loi et sur la politique canadienne de télécommunication—L'adoption du Code repose directement sur le mandat du CRTC et sur les objectifs de la politique de la Loi—C'était donc une erreur d'examiner la décision du CRTC uniquement sous l'angle des frais de résiliation anticipée—L'entrée en vigueur du Code devrait rendre le marché des services sans fil plus dynamique, dans l'intérêt des consommateurs—Il est raisonnable pour le CRTC de placer tous les consommateurs sur le même pied—Le CRTC peut raisonnablement conclure que l'art. 24, de façon implicite, lui confère le pouvoir d'imposer la mise en œuvre rétrospective du Code—Appel rejeté.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle judiciaire—La Politique réglementaire de Télécom (3 juin 2013) CRTC 2013-271 (le Code) a été publiée par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) visant les fournisseurs de services vocaux et de données sans fil mobiles de détail—Le Code s'applique également à tous les contrats, peu importe leur date de signature, à compter du 3 juin 2015 (le délai guillotine)—Les appelantes ont contesté l'imposition d'une date guillotine, au motif que le CRTC n'a pas compétence pour adopter des règles à portée rétrospective ou portant atteinte à des droits acquis—Le CRTC a promulgué le Code conformément aux art. 7 et 24 de la *Loi sur les télécommunications*—Quelle est la norme de contrôle applicable à la décision du CRTC?—Il s'agissait de savoir si la *Loi sur les télécommunications* autorise le CRTC à rendre des décisions ayant un effet rétrospectif ou portant atteinte à des droits acquis—Le CRTC n'a pas expressément traité de cette question—Lorsque la décision a un fondement raisonnable manifeste, la cour de révision devrait simplement la déclarer raisonnable et la confirmer—Cependant, il ne convient généralement pas de conclure à l'absence d'assise raisonnable sans offrir d'abord au tribunal la possibilité d'en fournir une—L'équité envers les parties exige que la cour de révision effectue sa propre analyse relative à la norme de contrôle—Il s'agissait de savoir si la norme de contrôle applicable à l'interprétation par le CRTC de l'art. 24 de la Loi, tel qu'il a été appliqué dans la clause relative au délai guillotine, était la norme de la décision correcte ou de la décision raisonnable—La norme de la décision raisonnable est présumée s'appliquer—Si un tribunal a droit à la déférence dans l'interprétation de sa loi constitutive, il doit également avoir droit à la déférence dans la façon dont il emploie les outils d'interprétation législative—Le CRTC est présumé posséder l'expertise requise pour résoudre la question de savoir si l'art. 24 l'autorise à adopter un code ayant un effet rétrospectif—La présomption selon laquelle la norme de la décision raisonnable

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Attorney General) (F.C.) 3

Access to Information—Reference seeking to determine whether government institutions at liberty to charge fee to search, prepare for disclosure information found in governmental electronic records—Request made under *Access to Information Act* to Human Resources and Skills Development Canada (HRSDC) for records—Records existing in electronic form, not created from other records by computer—HRSDC calculating search, preparation fees pursuant to Act, ss. 11(2), 11(3)—Applicant arguing that no fees payable as records in question existing, computerized—Debate focusing on terms “record”; “machine readable record”; “non-computerized record”, “a computer” within meaning of Act, *Access to Information Regulations*—Whether electronic records non-computerized records for purpose of search, preparation fees authorized by Act, s. 11(2), Regulations, s. 7(2)—Amended definition of “record” in Act matter of style rather than substance—New definition neutral, allowing for changing technology—Parliament enabling Governor in Council to regulate search, preparation fees irrespective of form of record—Difficulty lying in interpreting Regulations—Question as to why s. 7(2) referring to “non-computerized record” instead of record—Regulations, s. 7(3) referring to documents not existing at time of request, but subsequently created—Gap existing in search, preparation fees in that fees not covering electronic documents not themselves created from machine readable record—No ambiguity between English, French versions of Act, Regulations—Nothing giving s. 7(2) term “non-computerized record” restricted meaning that “non-computerized record” including any electronic record not in itself existing but created from other records to satisfy demand under Act, s. 4(3)—Governor in Council, regulation re: search, preparation very precise in setting out copying charges, search, preparation fees—Parliament clear: no regulation, no fee—Reference question answered in the negative.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

s’applique à l’interprétation par le CRTC de sa loi constitutive n’a pas été réfutée.

Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Procureur général) (C.F.) 3

Accès à l’information—Renvoi visant à déterminer la question de savoir s’il est loisible aux institutions gouvernementales de facturer un droit pour la recherche de renseignements figurant dans des documents électroniques gouvernementaux et pour leur préparation en vue de leur communication—Une demande d’accès à des dossiers a été faite en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* à Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDC)—Ces documents existaient sous forme électronique et n’avaient pas à être créés par un ordinateur à partir d’autres documents—RHDC a calculé des droits de recherche et de préparation conformément aux art. 11(2) et 11(3) de la Loi—La demanderesse a fait valoir qu’étant donné que les documents en question existaient et étaient informatisés, il n’y avait pas de droits à payer—Le débat portait sur le sens des mots « document », « document informatisé », « document [qui] n’est pas informatisé » et « ordinateur » au sens de la Loi et du *Règlement sur l’accès à l’information*—Il s’agissait de savoir si les documents électroniques sont des documents qui ne sont pas informatisés en vue de l’application des droits de recherche et de préparation qu’autorisent l’art. 11(2) de la Loi et l’art. 7(2) du Règlement—Le changement apporté à la définition d’un « document » dans la Loi est une affaire de style plutôt que de fond—La nouvelle définition est neutre et prévoit l’évolution de la technologie—Le législateur a permis au gouverneur en conseil de régler les droits de recherche et de préparation, peu importe la forme que revêt le document—C’est dans l’interprétation du Règlement que réside la difficulté—La question quant à savoir pourquoi l’art. 7(2) fait mention d’un « document [qui] n’est pas informatisé », plutôt que de faire simplement mention d’un document, comme c’est le cas dans la Loi elle-même a été posée—L’art. 7(3) se rapporte aux documents qui n’existaient pas à l’époque de la demande, mais qui ont été créés par la suite—Il y a un écart sur le plan des droits de recherche et de préparation, en ce sens qu’ils ne portent pas sur les documents électroniques qui n’ont pas été eux-mêmes créés à partir d’un document informatisé—Il n’y a aucune ambiguïté entre les versions française et anglaise de la Loi et du Règlement—Rien ne conférerait au terme « document [qui] n’est pas informatisé » de l’art. 7(2) le sens restreint que préconisent le procureur général et les intervenantes, à savoir qu’un « document [qui] n’est pas informatisé » comprend tout document électronique qui n’existait pas en soi, mais qui a été créé à partir d’autres documents en vue de répondre à une demande présentée en vertu de l’art.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canada (Information Commissioner) v. Canada (National Defence) (F.C.A.) 213

Access to Information—Appeal from Federal Court decision dismissing appellant’s judicial review of respondent’s decision asserting, in response to request for records under *Access to Information Act*, 110-day extension—Lawyer acting for clients requesting from respondent access to records relating to sale of certain military assets—Pursuant to Act, s. 9(1), respondent extending 30-day time limit under s. 7 to deal with request—Lawyer subsequently filing complaint with appellant—After conducting investigation, appellant finding respondent breaching duty under Act, s. 4(2.1) since failing to make every effort to process lawyer’s request in timely manner—Finding that respondent’s asserted extension invalid since criteria for extension under Act, s. 9(1)(a) not all met, that time taken under s. 9(1)(b) unreasonably long—Also finding that given respondent’s failure to respond to request within applicable time limit, respondent in state of deemed refusal pursuant to Act, s. 10(3)—In judicial review, appellant sought declaration that respondent in state of deemed refusal, order directing respondent to respond to access request within 30-day period—Since lawyer eventually obtaining access to requested documents, issue becoming moot before hearing—Federal Court exercising discretion to consider declaration request despite mootness—Concluding that, where government institution taking extension under Act, s. 9(1), institution will not enter state of deemed refusal unless failing to give access by date on which asserted extension expiring—Also holding that since respondent providing access to documents claimed within own deadlines asserted under Act, s. 9(1), Federal Court having no jurisdiction to issue declaration sought—Therefore, no need for Court to decide reasonability of extension taken—Whether Federal Court having jurisdiction under Act, s. 42 to hear appellant’s application; if so, whether extension respondent taking valid—Appellant offering correct interpretation of Act, s. 10(3)—Government institution having power pursuant to Act, s. 9 to extend time subject to certain conditions—If conditions under ss. 9(1)(a) and/or 9(1)(b) not satisfied, time not validly extended—Under Act, s. 10(3) deemed refusal arising whenever initial 30-day time limit imposed by Act, s. 7 expiring without access being given in circumstances where no legally valid extension taken—Thus, right to judicially review validity of extension

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

4(3) de la Loi—Lorsqu’il a fixé les frais de copie, le gouverneur en conseil a été très précis; de même, la disposition réglementaire concernant la recherche et la préparation est très précise—Le législateur l’indique très clairement : pas de règlement, pas de droit—La question faisant l’objet du renvoi est répondue par la négative.

Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Défense nationale) (C.A.F.) 213

Accès à l’information—Appel interjeté à l’encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire faite par l’appelante d’une décision de l’intimé déclarant une prorogation de délai de 110 jours en réponse à une demande présentée en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information*—Un avocat agissant pour ses clients a demandé l’accès à des documents de l’intimé relatifs à la vente de certains articles de matériel militaire—L’intimé a, conformément à l’art. 9(1) de la Loi, prorogé le délai de 30 jours mentionné à l’art. 7 pour traiter la demande—L’avocat a par la suite déposé une plainte auprès de l’appelante—Après avoir mené son enquête, l’appelante a conclu que l’intimé avait manqué à son obligation aux termes de l’art. 4(2.1) de la Loi, parce qu’il n’avait pas fait tous les efforts raisonnables pour donner suite à la demande de l’avocat en temps utile—L’appelante a jugé que la prorogation de délai décidée par l’intimé était invalide, car les critères relatifs à une prorogation fondée sur l’art. 9(1)(a) n’étaient pas tous réunis et que le délai décidé au titre de l’art. 9(1)(b) était déraisonnable—Elle a également conclu que comme aucune réponse n’avait été reçue dans les délais applicables de la part de l’intimé, le défaut de communication de celui-ci valait décision de refus de communication en vertu de l’art. 10(3) de la Loi—Dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire, l’appelante demandait un jugement déclarant que l’intimé était présumé avoir refusé la communication dans les délais prévus par la Loi, ainsi qu’une ordonnance enjoignant à l’intimé de répondre à la demande dans un délai de 30 jours—Comme l’intimé a communiqué les documents demandés à l’avocat, la question est devenue théorique avant la tenue de l’audience—La Cour fédérale a exercé son pouvoir discrétionnaire pour examiner malgré tout la demande de jugement déclaratoire malgré le caractère théorique de la question—La Cour fédérale a conclu que, lorsqu’une institution fédérale s’accorde une prorogation au titre de l’art. 9(1), elle n’est pas présumée avoir refusé la communication tant et aussi longtemps qu’elle n’est pas en défaut de communication à la date d’expiration de la prorogation décidée—Comme l’intimé a communiqué les documents demandés en respectant les délais qu’il s’était accordés au titre de l’art. 9(1), la Cour fédérale a déclaré ne pas avoir la compétence nécessaire pour rendre le jugement déclaratoire

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

arising pursuant to Act, ss. 41, 42 upon expiration of 30-day time limit subject to filing of complaint, completion of investigation report—Therefore, Federal Court having jurisdiction to entertain appellant’s judicial review of respondent’s extension, to consider validity thereof—In order to claim time extension under Act, s. 9(1)(a), government institution required to demonstrate that large number of documents involved but that work required to provide access within lesser period of time ultimately interfering with institution’s operations—Same type of rational linkage must be made pursuant to Act, s. 9(1)(b) regarding necessary consultations—When English, French texts of Act, ss. 9(1)(a),(b) read together, texts contemplating in particular that extension be reasonable or justified in circumstances—In case at bar, respondent estimating time taken under s. 9 (1)(b) using formula having deficient logic; treatment of matter falling short of establishing that serious effort or genuine attempt made to assess duration of extension—As such, extension respondent taking not meeting requirements of Act, s. 9(1)—Failure to meet requirements thereof sufficient to establish appellant’s entitlement to declaration sought—Appeal allowed.

Canadian Transit Company v. Windsor (City) **(F.C.A.) 265**

Federal Court Jurisdiction—Appeal from Federal Court decision striking out appellant’s notice of application on ground Federal Court having no jurisdiction to determine it—Appellant, owner, operator of Ambassador Bridge, acquiring

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

demandé—Par conséquent, la Cour n’avait pas à décider si la prorogation prise était raisonnable—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale avait compétence en vertu de l’art. 42 de la Loi pour entendre la demande de l’appelante et si, le cas échéant, la prorogation décidée par l’intimé était valide—La bonne interprétation de l’art. 10(3) de la Loi était celle présentée par l’appelante—Une institution fédérale peut exercer le pouvoir, conféré en vertu de l’art. 9 de la Loi, de proroger le délai, sous réserve de certaines conditions—Si les conditions énoncées aux art. 9(1)a) et/ou 9(1)b) ne sont pas respectées, la prorogation de délai n’est pas valable—En vertu de l’art. 10(3), une présomption de refus existe chaque fois que le délai de 30 jours initial imposé par l’art. 7 de la Loi expire sans qu’il y ait communication, dans les cas où la prorogation n’est pas légalement valide—Il s’ensuit que le droit de demander un contrôle judiciaire à l’égard de la validité d’une prorogation découle des art. 41 et/ou 42 à l’expiration du délai de 30 jours, dans la mesure où une plainte est déposée et un rapport d’enquête présenté—Par conséquent, la Cour fédérale avait compétence pour instruire la demande de contrôle judiciaire de l’appelante concernant la prorogation décidée par l’intimé et pour examiner la validité de cette prorogation—Pour qu’une institution fédérale puisse énoncer la prorogation retenue en vertu de l’art. 9(1)a), elle doit démontrer qu’un grand nombre de documents sont mis en cause, mais aussi que l’ampleur du travail requis pour donner accès aux documents dans tout délai considérablement moindre que celui établi entraverait le fonctionnement de l’institution—Le même type de lien rationnel devrait être fait relativement à l’art. 9(1)b) en ce qui concerne les consultations nécessaires—Lorsque les textes anglais et français des art. 9(1)a) et b) sont interprétés comme un tout, ces deux textes prévoient que la prorogation doit être raisonnable ou justifiée par les circonstances—En l’espèce, l’intimé a estimé le délai décidé au titre de l’art. 9(1)b) au moyen d’une formule qui repose sur une logique déficiente; son traitement de la question ne permet pas d’établir qu’un effort réel ou qu’une tentative réelle a été fait pour évaluer la durée de la prorogation—Par conséquent, la prorogation décidée par l’intimé ne satisfaisait pas aux exigences de l’art. 9(1)—Ce défaut suffisait pour établir le droit de l’appelante au jugement déclaratoire demandé—Appel accueilli.

Canadian Transit Company c. Windsor (Ville) **(C.A.F.) 265**

Compétence de la Cour fédérale—Appel interjeté à l’encontre d’une décision par laquelle la Cour fédérale a radié l’avis de demande de l’appelante au motif que la Cour fédérale n’avait pas compétence pour statuer sur la demande—L’appelante est

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

properties near bridge with intent to demolish homes—Respondent issuing repair orders against properties—Appellant arguing by-laws not applying to properties on basis of constitutional doctrines of interjurisdictional immunity, paramountcy; bridge constituting work, undertaking for general advantage of Canada—Federal Court determining, *inter alia*, insufficient federal law in proceeding to clothe Federal Court with jurisdiction; proceeding failing test for jurisdiction set out in ITO—*International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*—Whether: test in ITO met; Federal Court having jurisdiction to make declarations on constitutional matters such as paramountcy, interjurisdictional immunity; appellant's application should be converted to action—Test in ITO met—Relevant statutory grant of jurisdiction *Federal Courts Act*, s. 23(c)—Sufficient federal law for Federal Court to have jurisdiction including *An Act to incorporate The Canadian Transit Company* (Federal Special Act)—Provincial law playing only subsidiary or incidental role—Question not whether Federal Court doing any provincial law, but whether there is federal law essential to claim that nourishes Court's jurisdiction or, whether sufficient federal law to give Court jurisdiction—Federal Special Act valid exercise of federal legislative authority—Federal Court can apply doctrines of paramountcy, interjurisdictional immunity—Able to determine matter herein fully—Federal Court having jurisdiction to make declarations in constitutional matters based on paramountcy, interjurisdictional immunity as long as ITO test met—Those doctrines affecting force of federal legislation, intertwined with federal legislative power under *Constitution Act, 1867*, s. 91—Must be regarded as part of law of Canada that Federal Court can interpret, apply—Federal Court has always had ability to consider constitutional issues of validity, operability, applicability—Where Federal Court having jurisdiction, also having power to make determinations under *Constitution Act, 1982*, s. 52—Doctrines of paramountcy, interjurisdictional immunity fitting within s. 52 rubric—Implied power of courts including doctrines of paramountcy, interjurisdictional immunity—Appellant's request for conversion of pleading not properly before Court, not granted—Appeal allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

la propriétaire et l'exploitante du pont Ambassador et a fait l'acquisition de biens-fonds situés près du pont dans l'intention de démolir les maisons se trouvant sur ces biens-fonds—L'intimée a pris des arrêtés de réparation visant les biens-fonds—L'appelante a plaidé que le règlement ne s'appliquait pas aux biens-fonds en invoquant la doctrine constitutionnelle de l'exclusivité des compétences ou celle de la prépondérance; le pont constitue un ouvrage qui a été déclaré à l'avantage général du Canada—La Cour fédérale a conclu, entre autres, qu'elle n'avait pas compétence pour connaître de l'affaire parce que la demande n'était pas suffisamment fondée en droit fédéral; la demande ne satisfaisait pas au critère de la compétence consacré par la jurisprudence ITO—*International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*—Il s'agissait de savoir si le critère de la jurisprudence ITO a été respecté; si la Cour fédérale a compétence pour rendre des jugements déclaratoires sur des questions constitutionnelles telles que la doctrine de la prépondérance et celle de l'exclusivité des compétences; si la demande de l'appelante devait être convertie en action—Le critère de la jurisprudence ITO a été respecté—La disposition légale attributive de compétence en l'espèce est l'art. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*—Le droit fédéral joue un rôle suffisant pour que la Cour fédérale ait compétence, y compris la *Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company »* (la Loi fédérale spéciale)—Le droit provincial ne joue qu'un rôle accessoire ou complémentaire—La question n'est pas de savoir si la Cour fédérale applique le droit provincial, mais plutôt si le droit fédéral qui constitue le fondement de la compétence de la Cour est essentiel à la solution du différend ou, en d'autres termes, si le droit fédéral joue un rôle suffisant pour qu'il puisse être conclu à la compétence de la Cour—La Loi fédérale spéciale constitue une expression valide de la compétence légale fédérale—La Cour fédérale peut appliquer les doctrines de la prépondérance et de l'exclusivité des compétences—La Cour fédérale peut trancher cette question sans réserve—Dès lors que le critère consacré par l'arrêt ITO est respecté, la Cour fédérale a compétence pour rendre des jugements déclaratoires en matière constitutionnelle sur le fondement des doctrines de la prépondérance et de l'exclusivité des compétences—Ces doctrines peuvent avoir une incidence sur l'application d'une loi fédérale; elles sont étroitement liées au pouvoir législatif fédéral prévu à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*—Ces doctrines peuvent elles-mêmes être considérées comme faisant partie du droit fédéral que la Cour fédérale est habilitée à interpréter et à appliquer—La Cour fédérale a toujours eu compétence pour examiner les questions constitutionnelles de validité, d'opérabilité et d'applicabilité—Lorsque la Cour fédérale a compétence, elle a également le pouvoir de rendre

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Distribution of Powers—Appellant, owner, operator of Ambassador Bridge, acquiring properties near bridge with intent to demolish homes—Respondent issuing repair orders against properties—Appellant arguing by-laws not applying to properties on basis of constitutional doctrines of interjurisdictional immunity, paramountcy; bridge constituting work, undertaking for general advantage of Canada—Federal Court having jurisdiction to make declarations on constitutional matters such as paramountcy, interjurisdictional immunity—Those doctrines affecting force of federal legislation, intertwined with federal legislative power under *Constitution Act, 1867*, s. 91—Where Federal Court having jurisdiction, also having power to make determinations under *Constitution Act, 1982*, s. 52—Doctrines of paramountcy, interjurisdictional immunity fitting within s. 52 rubric—Implied power of courts including doctrines of paramountcy, interjurisdictional immunity.

Cole v. Canada (F.C.A.) 173

Veterans—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Veterans Review and Appeal Board decision refusing to grant appellant’s application for disability pension pursuant to *Pension Act*, s. 21(2)(a) for claimed condition of major depression—Appellant’s military career ending when appellant medically discharged on account of four major conditions, including major depression—Appellant applying to Department of Veterans Affairs (DVA) for disability pension in respect of military service—Under Act, s. 21(2)(a), applicant must establish causal connection between claimed condition, military service to be granted disability pension—Board’s record indicating that appellant’s depression traced to factors relating to appellant’s military service (military factors), to personal life (personal factors)—Board rejecting appellant’s application for disability pension given appellant’s

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

des décisions fondées sur l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*—Les doctrines constitutionnelles de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences cadrent avec la rubrique de l’art. 52—Le pouvoir implicite des cours de justice doit englober les doctrines de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences—La demande de conversion présentée par l’appelante concernant son acte de procédure n’a pas été régulièrement présentée à la Cour et elle ne pouvait être accueillie—Appel accueilli.

Droit constitutionnel—Partage des pouvoirs—L’appelante est la propriétaire et l’exploitante du pont Ambassador et a fait l’acquisition de biens-fonds situés près du pont dans l’intention de démolir les maisons se trouvant sur ces biens-fonds—L’appelante a plaidé que le règlement ne s’applique pas aux biens-fonds en invoquant la doctrine constitutionnelle de l’exclusivité des compétences ou celle de la prédominance; le pont constitue un ouvrage qui a été déclaré à l’avantage général du Canada—La Cour fédérale a compétence pour rendre des jugements déclaratoires en matière constitutionnelle sur le fondement des doctrines de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences—Ces doctrines peuvent avoir une incidence sur l’application d’une loi fédérale; elles sont étroitement liées au pouvoir législatif fédéral prévu à l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*—Lorsque la Cour fédérale a compétence, elle a également le pouvoir de rendre des décisions fondées sur l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*—Les doctrines constitutionnelles de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences cadrent avec la rubrique de l’art. 52—Le pouvoir implicite des cours de justice doit englober les doctrines de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences.

Cole c. Canada (C.A.F.) 173

Anciens combattants—Appel d’une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire d’une décision du Tribunal des anciens combattants rejetant la demande de pension d’invalidité relative à une affection alléguée de dépression majeure présentée par l’appelante, conformément à l’art. 21(2)a) de la *Loi sur les pensions*—La carrière militaire de l’appelante a pris fin lorsqu’elle fut libérée pour raisons médicales parce qu’elle souffrait de quatre affections, dont une dépression majeure—L’appelante a déposé une demande auprès du ministère des Anciens Combattants (le MAC) en vue d’obtenir une pension d’invalidité en ce qui concernait son service militaire—Conformément à l’art. 21(2)a), le demandeur doit établir un lien de causalité entre l’affection alléguée et son service militaire pour avoir droit à une pension d’invalidité—Le dossier dont disposait le Tribunal comportait

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

failure to establish that military factors causing or aggravating her claimed condition—Federal Court determining that Board’s weighing of evidence, interpretation of statutory scheme reviewable on standard of reasonableness—Concluding that Board interpreted “arose out of” in *Pension Act*, s. 21(2)(a) as requiring appellant’s military service to be “primary or major cause” of depression; then finding that Board making no reviewable error in using that interpretation—Whether Federal Court erring in selecting reasonableness as standard of review regarding interpretative issue; what was correct interpretation of causal connection requirement of phrase “arose out of or was directly connected with” in *Pension Act*, s. 21(2)(a); whether Board’s primary cause interpretation of causal connection requirement of phrase “arose out of or was directly connected with” in Act, s. 21(2)(a) unreasonable—Federal Court erring in determination that standard of review regarding interpretative issue reasonableness not correctness—Interpretation of phrase “arose out of or was directly connected with” in Act, s. 21(2)(a) discrete question of law in dispute before Board capable of being considered separately—Determination by Federal Court of Appeal in *Frye v. Canada (Attorney General)* that correctness standard must be used in considering interpretation of phrase “arose out of or was directly connected with” in Act, s. 21(2)(a) satisfactory determination of applicability of correctness standard to interpretation of those words in Act, s. 21(2)(a) as required herein—For number of reasons, present case constituting one of cases in which standard of correctness properly applicable on interpretation of tribunal’s home statute—As to Board’s interpretation of causal connection requirement, record showing that both military, personal factors of appellant having direct causal connection with appellant’s claimed condition—However, appellant not required to establish that military factors playing larger role in triggering major depression than personal factors—Board’s primary cause interpretation of causal connection requirement in phrase “directly connected with” incorrect—Court specifically instructed by Act, s. 2, *Veterans Review and Appeal Board Act* (VRAB Act), s. 3 on how Board, any reviewing court must interpret Act’s provisions—Federal Court’s adoption of ordinary civil standard of causation in this case inconsistent with parliamentary admonishments in Act, s. 2, VRAB Act, s. 3—For purposes of establishing entitlement to disability pension under Act, s. 21(2)(a) on basis claimed condition “directly connected with” applicant’s military service, applicant must establish only significant causal connection between applicant’s claimed condition, military service—Board’s primary cause interpretation of causal connection requirement in phrase “directly connected with” in Act, s. 21(2)(a) also unreasonable—Parliament mandating that liberal interpretation of Act must

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

des éléments de preuve selon lesquels la dépression de l’appelante pouvait être rattachée à des facteurs découlant de son service militaire (facteurs militaires) et à des facteurs découlant de sa vie personnelle (facteurs personnels)—Le Tribunal a rejeté la demande de pension d’invalidité de l’appelante puisqu’elle n’avait pas établi que les facteurs militaires avaient causé ou aggravé son affection alléguée—La Cour fédérale a jugé que l’appréciation des éléments de preuve par le Tribunal et l’interprétation qu’il a faite de sa loi habilitante étaient assujetties à la norme de la décision raisonnable—Elle a conclu que le Tribunal avait interprété l’expression « consécutive à » à l’art. 21(2)a) de la *Loi sur les pensions* comme exigeant que le service militaire de l’appelante soit la « cause principale ou majeure » de sa dépression, puis a conclu qu’en retenant cette interprétation, le Tribunal n’a commis aucune erreur susceptible de contrôle—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que la norme de contrôle applicable à la question d’interprétation était la norme de la décision raisonnable; quelle est l’interprétation correcte de l’exigence de causalité correspondant aux mots « rattachée directement [à] » à l’art. 21(2)a) de la *Loi sur les pensions*; et si l’interprétation des mots « rattachée directement [à] » à l’art. 21(2)a) de la Loi comme exigeant une causalité correspondant au critère de la cause principale était raisonnable—La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que la norme de contrôle applicable relativement à la question d’interprétation était celle de la décision raisonnable et non celle de la décision correcte—L’interprétation des mots « consécutive ou rattachée directement [à] » à l’art. 21(2)a) de la Loi est une question de droit qui était controversée devant le Tribunal et il s’agissait d’une question de droit distincte susceptible d’être examinée séparément—L’enseignement de la Cour d’appel fédérale par la jurisprudence *Frye c. Canada (Procureur général)* selon lequel il faut appliquer la norme de la décision correcte lors de l’examen de l’interprétation des mots « consécutive ou rattachée directement [à] » à l’art. 21(2)a) de la Loi peut être considéré comme une conclusion saine quant à l’applicabilité de la norme de la décision correcte à l’interprétation de ces mêmes mots à l’art. 21(2)a), soit la mission qui incombe à la Cour dans le présent appel—Il peut y avoir des cas où la norme de la décision correcte est appliquée à juste titre relativement à l’interprétation de la « loi constitutive » d’un tribunal administratif et, pour de nombreuses raisons, tel est le cas en l’espèce—En ce qui concerne l’interprétation du Tribunal de l’exigence d’un lien de causalité, il ressort du dossier que les facteurs militaires et les facteurs personnels avaient une causalité directe avec l’affection alléguée de l’appelante—Toutefois, l’appelante n’était pas tenue d’établir que les facteurs militaires avaient joué un rôle plus important que les facteurs personnels dans le développement de sa

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

be given to ensure our country's obligation to members of armed forces who have been disabled or have died from military service fulfilled—Lower level of causal connection than ordinary civil standard of “but for” test intended by Parliament—Per Gauthier J.A. (concurring reasons): Regarding standard of review in this case, correctness not standard to be applied to Board's interpretation of Act, s. 21(2)(a) but rather reasonableness given recent Supreme Court of Canada case law—Appeal allowed.

Decor Grates Incorporated v. Imperial Manufacturing Group Inc. (F.C.A.) 246

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Discretionary interlocutory orders—Appeal from Federal Court order dismissing appellants' motion for particulars in action by respondent against appellants for infringement of certain industrial designs—Respondent granted registrations for two designs for floor heating grates under *Industrial Design Act*—Appellants seeking particulars of certain allegations in respondent's statement of claim—Claiming particulars relevant to certain defences to respondent's claim of infringement—On appeal, appellants submitting that Federal Court erring in law, improperly weighing relevant factors in matter—Asking Federal Court of Appeal to reweigh factors at issue, substitute discretion for that of Federal Court—Which line of authority on standard of review of discretionary interlocutory orders applying in present case—Line of authority on standard of review of discretionary interlocutory orders of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

dépression majeure—L'interprétation par le Tribunal de l'exigence de causalité correspondant aux mots « rattaché directement [à] » qui conduit au critère de la cause principale était incorrecte—Des instructions précises étaient données à la Cour par l'art. 2 de la Loi et par l'art. 3 de la *Loi sur le Tribunal des anciens combattants* (Loi sur le TACRA), sur la manière dont le Tribunal et toute cour réformatrice doivent interpréter les dispositions de la Loi sur les pensions—L'adoption par la Cour fédérale de cette norme civile ordinaire était incompatible avec les directives que le législateur a donné à l'art. 2 de la *Loi sur les pensions* et à l'art. 3 de la Loi sur le TACRA—Pour établir le droit à une pension d'invalidité en vertu de l'art. 21(2)a) de la Loi au motif que l'affection alléguée était « rattachée directement au » service militaire du demandeur, le demandeur doit seulement établir une causalité importante entre son affection alléguée et son service militaire—L'interprétation par le Tribunal des mots « rattaché directement [à] » à l'art. 21(2)a) de la Loi comme exigeant une causalité correspondant au critère de la cause principale était aussi déraisonnable—Le législateur exige que la Loi soit interprétée de façon libérale, afin d'assurer que notre pays honore ses obligations envers les membres des forces armées qui sont devenus invalides ou sont décédés par suite de leur service militaire—Il s'ensuit que le législateur envisageait un degré de causalité inférieur à celui de la norme civile ordinaire du critère du facteur déterminant—La juge Gauthier, J.C.A. (motifs concourants) : Pour ce qui concerne la norme de contrôle, la norme de la décision correcte n'était pas la norme applicable à l'interprétation du Tribunal de l'art. 21(2)a) de la Loi, mais plutôt celle de la raisonabilité, étant donné la jurisprudence de la Cour suprême du Canada—Appel accueilli.

Decor Grates Incorporated c. Imperial Manufacturing Group Inc. (C.A.F.) 246

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle judiciaire—Ordonnances interlocutoires discrétionnaires—Appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté la requête des appelantes en vue d'obtenir des précisions dans le cadre d'une poursuite intentée par l'intimée contre les appelantes pour contrefaçon de certains dessins industriels—L'intimée a obtenu l'enregistrement de deux dessins de grilles de chauffage de plancher en application de la *Loi sur les dessins industriels*—Les appelantes souhaitent obtenir des précisions au sujet de certaines des allégations contenues dans la déclaration de l'intimée—Les appelantes ont fait valoir que les précisions demandées étaient pertinentes quant à certains moyens de défense visant à répondre aux allégations de contrefaçon de l'intimée—En appel, les appelantes ont affirmé que la Cour fédérale a commis une erreur de droit et qu'elle a mal apprécié les facteurs

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Federal Court beginning with 1995 decision in *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*—In 2002, Supreme Court of Canada decision in *Housen v. Nikolaisen* providing definitive word on standard of review in civil cases—Given *Housen*, continued existence of *David Bull* line of authority considered redundant—However, unlike *Housen*, *David Bull* line of authority not capturing “palpable and overriding error” concept—Thus, offering false hope that appellate courts interfering on basis of reweighings but Federal Court of Appeal never doing this—For reasons of simplicity, coherency, only standard of review articulated in *Housen* should be used when Federal Court of Appeal reviewing discretionary, interlocutory orders—Thus, in accordance with *Housen*, absent error on question of law or extricable legal principle, intervention warranted only in cases of palpable, overriding error—No such error herein—Appeal dismissed.

Industrial Design—In action brought by respondent against appellants for infringement of certain industrial designs, appellants moving for particulars but Federal Court dismissing appellant’s motion—Federal Court denying request for particulars since finding appellants embarking on “fishing expedition”—Appellants appealing Federal Court’s order—Whether Federal Court erring herein—Applicable standard of review that set out by Supreme Court of Canada in *Housen v. Nikolaisen*—Absent error on question of law or extricable legal principle, intervention warranted only in cases of palpable, overriding error—Regarding appellants’ request for particulars, information appellants seeking relating to matters relevant to propriety of information sought on discovery; request suggesting appellants misapprehending purpose of particulars—*Industrial Design Act*, s. 7(3), dealing with registration certificates, creating rebuttable presumption not conclusive one—Provided party having some evidence conflicting with certificate of registration (i.e. “proof to the contrary” in s. 7(3)), party can rely on evidence in support of allegation in statement of defence that presumption rebutted to extent of conflict—If appellants not having any conflicting evidence, cannot plead having “proof to the contrary”—Doing

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pertinents—Les appelantes ont demandé à la Cour d’appel fédérale d’apprécier de nouveau les facteurs en litige et substituer sa propre décision à celle de la Cour fédérale—Il s’agissait de savoir quelle jurisprudence sur la norme de contrôle des ordonnances interlocutoires discrétionnaires s’appliquait en l’espèce—La jurisprudence sur la norme de contrôle des ordonnances interlocutoires a commencé avec l’arrêt *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.* en 1995—En 2002, la décision de la Cour suprême du Canada dans *Housen c. Nikolaisen* a tranché définitivement la question de la norme de contrôle en matière civile—Compte tenu de l’arrêt *Housen*, la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull* est devenue dans une certaine mesure redondante—Toutefois, la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull* n’englobe pas le concept d’« erreur manifeste et dominante », à la différence de l’arrêt *Housen*—Elle suscite le faux espoir que les tribunaux d’appel interviennent pour procéder à une nouvelle appréciation, mais ce n’est jamais ce que la Cour d’appel fédérale doit faire—Par souci de cohérence et de simplicité, seule la formulation de la norme de contrôle figurant dans l’arrêt *Housen* devrait être utilisée lorsque la Cour d’appel fédérale est saisie d’une demande de contrôle d’une ordonnance interlocutoire discrétionnaire—Par conséquent, conformément à l’arrêt *Housen*, à défaut d’erreur sur une question de droit ou un principe juridique isolable, l’intervention de la Cour n’est justifiée que dans les cas d’erreurs manifestes et dominantes—Il n’y a pas eu une telle erreur en l’espèce—Appel rejeté.

Dessins industriels—Dans le cadre d’une poursuite intentée par l’intimée contre les appelantes pour contrefaçon de certains dessins industriels, la Cour fédérale a rejeté la requête des appelantes en vue d’obtenir des précisions—La Cour fédérale a rejeté la demande de précisions des appelantes ayant conclu que les appelantes s’étaient livrées à une « recherche à l’aveuglette »—Les appelantes ont interjeté appel de l’ordonnance de la Cour fédérale—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en l’espèce—La norme de contrôle applicable était celle établie par l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*—À défaut d’erreur sur une question de droit ou un principe juridique isolable, l’intervention de la Cour n’est justifiée que dans les cas d’erreurs manifestes et dominantes—Quant à la demande de précisions des appelantes, les renseignements qu’elles sollicitaient avaient trait à des questions quant au bien-fondé d’une demande de renseignements dans le cadre d’une communication préalable; la demande laissait supposer que les appelantes méconnaissaient l’objet des précisions—L’art. 7(3) de la *Loi sur les dessins industriels* prévoit une présomption réfutable et non une présomption irréfragable—Dès lors qu’une partie dispose de certains éléments de preuve qui contredisent le certificat d’enregistrement

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

so would be abuse of process—As to appellants’ argument that Federal Court erring in finding that request for particulars constituting “fishing expedition”, Federal Court not erring on any legal point, including on law relating to Act, s. 7(3)—Appellants not persuading Federal Court of Appeal that threshold of palpable, overriding error met—In present case, all of Federal Court’s findings of mixed fact and law, of fact based on evidence—Federal Court not making any obvious error or error going to very core of outcome reached.

Kinsel v. Canada (Citizenship and Immigration) **(F.C.A.) 146**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Appeal from Federal Court order dismissing judicial review of decision by Minister of Citizenship and Immigration delegate refusing to issue citizenship certificates to appellants—Appellants’ paternal grandmother losing Canadian citizenship when becoming naturalized U.S. citizen—Appellants’ father born in U.S.—*An Act to amend the Citizenship Act* (Bill C-37) retroactively restoring citizenship to grandmother under *Citizenship Act*, ss. 3(1)(f), 3(7)(d), to father under Act, ss. 3(1)(g), 3(7)(e)—Appellants arguing entitled to citizenship under Act, s. 3(1)(b)—Federal Court concluding, *inter alia*, Act, s. 3(4) not only applying to people born after coming into force of Bill C-37, Act, s. 3(3)(a) cutting off citizenship by descent after first generation born abroad—Whether s. 3(3)(a) precluding appellants from receiving citizenship by descent—Delegate’s interpretation of legislation correct or only reasonable interpretation—Appellants’ reliance on s. 3(1)(b) ignoring effect of s. 3(3)(a)—S. 3(3)(a) unambiguous, limiting grant of citizenship by descent to first generation born outside Canada to Canadian parent—This limitation applying to appellants—S. 3(4) not applying to appellants—Ordinary meaning of relevant portions of s. 3 playing dominant role in interpretive process, supporting delegate’s conclusion—Clause-by-clause analysis accompanying Bill C-17 supporting conclusion reached under textual analysis—Interpreting s. 3(3)(a) to limit citizenship by descent to first generation born abroad when parent holding citizenship under s. 3(1)(g) consistent with preponderance of contextual factors, purpose of legislation—Nothing in purpose to suggest Parliament intending to exempt

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

(c.-à-d. une « preuve contraire » selon l’art. 7(3)), elle peut se fonder sur cette preuve à l’appui d’une allégation formulée dans sa défense pour affirmer que la présomption est réfutée dans la mesure de la contradiction—Si les appelants n’ont aucun autre élément de preuve contradictoire, ils ne peuvent affirmer avoir de « preuve contraire », au risque de commettre un abus de procédure—Quant à l’argument des appelantes selon lequel le juge de première instance a commis une erreur en concluant que leur demande de précisions constituait une « recherche à l’aveuglette », la Cour fédérale n’a commis aucune erreur sur une question juridique, y compris sur la règle de droit relative à l’art. 7(3) de la Loi—Les appelantes n’ont pas convaincu la Cour d’appel fédérale que le critère minimal de l’erreur manifeste et dominante a été satisfait—En l’espèce, toutes les conclusions mixtes de fait et de droit et les conclusions de fait tirées par la Cour fédérale étaient fondées sur la preuve—La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur évidente touchant directement à l’issue de l’affaire.

Kinsel c. Canada (Citoyenneté et Immigration) **(C.A.F.) 146**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Appel interjeté à l’encontre de l’ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire attaquant une décision rendue par une déléguée du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration qui a refusé de délivrer des certificats de citoyenneté aux appelantes—La grand-mère paternelle des appelantes a perdu sa citoyenneté canadienne lorsqu’elle est devenue citoyenne naturalisée des États-Unis—Le père des appelantes est né aux États-Unis—La *Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté* (le projet de loi C-37) a rétabli rétroactivement la citoyenneté canadienne à la grand-mère par l’application des art. 3(1)(f) et 3(7)(d) de la *Loi sur la citoyenneté*, et au père en vertu des art. 3(1)(g) et 3(7)(e) de la Loi—Les appelantes ont fait valoir qu’elles avaient droit à la citoyenneté conformément à l’art. 3(1)(b) de la Loi—La Cour fédérale a conclu, entre autres, que l’art. 3(4) de la Loi ne visait pas seulement les personnes nées après l’entrée en vigueur du projet de loi C-37 et l’art. 3(3)(a) visait à restreindre la citoyenneté par filiation à la première génération née à l’étranger—Il s’agissait de savoir si l’art. 3(3)(a) excluait l’obtention par les appelantes de la citoyenneté par filiation—L’interprétation de la loi par la déléguée était correcte ou constituait la seule interprétation raisonnable—En s’appuyant sur l’art. 3(1)(b), les appelantes ont ignoré l’effet de l’art. 3(3)(a)—Le libellé de l’art. 3(3)(a) est sans équivoque et il a pour effet de restreindre la citoyenneté par filiation à la première génération née à l’étranger d’un parent canadien—Cette restriction vise les appelantes—L’art. 3(4) ne vise pas les appelantes—Le sens ordinaire des parties pertinentes de l’art. 3 doit jouer un rôle

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

second generation descendants—Appellants adducing no evidence to support alleged violation of equality rights—Appeal dismissed.

Oberlander v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . 56

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Judicial review of Order in Council P.C. 2012-1137 revoking applicant's Canadian citizenship under *Citizenship Act*, s. 10—Applicant, Ukrainian, obtaining Canadian citizenship in 1960—Receiving notice that Minister of Citizenship and Immigration intending to make report to Governor in Council (GIC) recommending revocation of his Canadian citizenship—Minister alleging that applicant failing to disclose activities during World War II to Canadian immigration, citizenship officials—Case referred to Federal Court to determine whether applicant obtaining Canadian citizenship by false representations, fraud or by knowingly concealing material circumstances—Federal Court finding that applicant obtaining citizenship by false representation or by knowingly concealing material circumstances within meaning of Act, s.18(1)—Applicant's citizenship revoked—That decision set aside by Federal Court of Appeal; matter sent back to GIC for redetermination—Applicant's citizenship revoked again—Judicial review of GIC's second decision dismissed—On appeal, applicant submitting being forcibly conscripted into Einsatzkommando 10a (Ek 10a), unit involved in war crimes; claiming under duress throughout his service to Ek 10a—Federal Court of Appeal holding that GIC's decision reasonable as regards complicity but returning decision for reconsideration on issue of duress—Minister's Report to GIC applying test set out in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*; concluding no evidence existing that applicant facing imminent real, inevitable threat to life—Report recommending that applicant be deprived of Canadian citizenship pursuant to Act, s. 10—Whether issues determined by Supreme Court of Canada in *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)* relevant to proceeding, could be raised at that stage of proceeding; whether *res judicata* (issue estoppel) applying in present case; whether GIC breaching

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

dominant dans le processus d'interprétation—L'analyse article par article qui accompagne le projet de loi C-37 est un facteur contextuel pertinent qui va dans le sens de la conclusion tirée aux termes de l'analyse textuelle—Interpréter l'art. 3(3)a) de la Loi de façon à restreindre la citoyenneté par filiation à la première génération de progéniture née à l'étranger lorsqu'un parent possède la citoyenneté en vertu de l'art. 3(1)g) est conforme à la prépondérance des facteurs contextuels—Rien dans l'objectif ne tend à indiquer que le législateur avait l'intention de soustraire les descendants de deuxième génération à cette règle—Les appelantes n'ont présenté aucun élément de preuve à l'appui de la supposée violation de leurs droits à l'égalité—Appel rejeté.

Oberlander c. Canada (procureur général) (C.F.) . . . 56

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Contrôle judiciaire relativement au décret C.P. 2012-1137, aux termes duquel la citoyenneté canadienne du demandeur a été révoquée en application de l'art. 10 de la *Loi sur la citoyenneté*—Le demandeur, ukrainien, a obtenu sa citoyenneté canadienne en 1960—Il a été avisé de l'intention du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de faire un rapport au gouverneur en conseil (le GC) recommandant la révocation de sa citoyenneté canadienne—Le ministre a allégué que le demandeur n'avait pas divulgué aux fonctionnaires canadiens de l'immigration et de la citoyenneté les activités auxquelles il s'était livré pendant la Deuxième Guerre mondiale—L'affaire a été renvoyée à la Cour fédérale afin que celle-ci décide si le demandeur avait acquis sa citoyenneté canadienne par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels—La Cour fédérale a conclu que le demandeur avait acquis sa citoyenneté au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, au sens de l'art. 18(1) de la Loi—La citoyenneté du demandeur a été révoquée—La Cour d'appel fédérale a annulé cette décision et l'affaire a été renvoyée au GC pour qu'il prenne une nouvelle décision—Le GC a révoqué à nouveau la citoyenneté du demandeur—La demande de contrôle judiciaire de la seconde décision du GC a été rejetée—En appel, le demandeur a soutenu qu'il avait été enrôlé de force dans l'Einsatzkommando 10a (l'unité Ek 10a), une unité impliquée dans des crimes de guerre, et qu'il avait agi sous l'effet de la contrainte pendant tout son service au sein de cette unité—La Cour d'appel a statué que la décision du GC était raisonnable en ce qui concernait la complicité, mais elle a renvoyé l'affaire pour que la question de la contrainte soit réexaminée—Le rapport du ministre présenté au GC appliquait le critère élaboré dans l'arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, et concluait qu'il

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

principles of procedural fairness in failing to give applicant opportunity to comment on rebuttal arguments put forward in final Report to GIC; whether GIC breaching principles of procedural fairness, *Canadian Bill of Rights*, *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in rendering finding on credibility without interviewing applicant; whether GIC erring in law in applying wrong standard for assessing defence of duress; in ignoring, misstating evidence; whether GIC erring in law in reaching unreasonable decision—Issue estoppel applying herein—In present case, Federal Court of Appeal remitting previous GIC decision on sole issue of duress but not preventing decision from being final on issue of complicity—*Ezokola* not changing law of duress—Applicant also not establishing grounds allowing Court to exercise discretion to override doctrine of *res judicata*, to return matter for reconsideration of complicity issue—Applicant’s claim that denial of right to reply to Minister’s final recommendation to GIC constituting procedural unfairness rejected—Nothing inherently unfair in process followed herein—Applicant given fair, meaningful opportunity to present case on duress, which is precisely what applicant did—Onus on applicant in present case to provide sufficient evidence to establish applicant qualifying for defence of duress—Reading of decision showing that decision not based on credibility—On facts, oral interview not required to allow applicant to address credibility—Full reading of Report revealing that Report based on Minister not being satisfied sufficient evidence existing to support duress—While Report using confusing language at times, in context of decision as whole, Report’s conclusions based on insufficiency of evidence, not on applicant’s credibility—Therefore, applicant not establishing that procedural unfairness occurring in present case—Regarding issue of duress, review of record leading to conclusion that GIC applying correct standard in assessing issue of duress—However, some problems with way evidence handled existing—These problems addressed to decide whether decision reasonable—With respect to reasonableness, Report correctly identifying *Ramirez* test for duress; acknowledging that matter should be examined from point of view of reasonable person similarly situated to applicant—Thus, applicant failing to demonstrate duress in this case—Record, each of applicant’s submissions carefully examined but no reviewable error found—Application dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

n’y avait aucune preuve que la vie du demandeur était menacée de façon imminente, réelle et inévitable—Le rapport recommandait que le demandeur soit privé de sa citoyenneté canadienne en vertu de l’art. 10 de la Loi—Il s’agissait de savoir si les questions qui ont été tranchées par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* étaient pertinentes en l’espèce et pouvaient être soulevées à cette étape-ci des procédures; si le principe de l’autorité de la chose jugée (préclusion découlant d’une question déjà tranchée) s’appliquait en l’espèce; si le GC a manqué aux principes d’équité procédurale en ne donnant pas au demandeur la possibilité de formuler des remarques sur les réfutations figurant dans le rapport final qui lui était destiné; si le GC a manqué aux principes d’équité procédurale, à la *Déclaration canadienne des droits* et à la *Charte canadienne des droits et libertés* en tirant une conclusion relative à la crédibilité sans effectuer une entrevue avec le demandeur; si le GC a commis une erreur de droit en appliquant la mauvaise norme lorsqu’il a apprécié le moyen de défense fondé sur la contrainte et en ne tenant pas compte de certains éléments de preuve et en ne les décrivant pas correctement; et si le GC a commis une erreur de droit en rendant une décision déraisonnable—La préclusion découlant d’une question déjà tranchée s’appliquait en l’espèce—En l’espèce, la Cour d’appel fédérale a renvoyé l’affaire du GC au regard de la question de la contrainte, mais cela n’empêchait sa décision d’être définitive dans la mesure où elle concernait la complicité—L’arrêt *Ezokola* n’a pas modifié le droit régissant la contrainte—Le demandeur n’a pas fait la preuve de motifs qui auraient permis à la Cour d’exercer le pouvoir discrétionnaire de passer outre au principe de l’autorité de la chose jugée et de renvoyer l’affaire pour qu’elle fasse l’objet d’un nouvel examen pour ce qui est de la question de la complicité—La prétention du demandeur selon laquelle il y a eu manquement à l’équité procédurale parce qu’il n’a pas été autorisé à répondre à la recommandation finale formulée par le ministre à l’intention du GC a été rejetée—Il n’y avait rien de fondamentalement inéquitable dans le processus qui a été suivi en l’espèce—Le demandeur a eu une possibilité juste et significative de faire valoir son point de vue sur la contrainte, et c’est exactement ce qu’il a fait—Il appartenait au demandeur de produire une preuve suffisante pour établir qu’il pouvait invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte—Il ressortait de la lecture de la décision que celle-ci n’était pas fondée sur la crédibilité—En s’appuyant sur les faits, une entrevue n’était pas requise pour permettre au demandeur de traiter de la question de la crédibilité—Une lecture du rapport complet a révélé qu’il était fondé sur le fait que le ministre n’était pas convaincu qu’il disposait d’une preuve suffisante concernant la contrainte—Malgré le fait que le libellé du rapport était

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

SOMMAIRE (Fin)

parfois confus, dans le contexte de la décision contestée dans son ensemble, les conclusions qu'il renferme étaient fondées sur l'insuffisance de la preuve et non sur la crédibilité du demandeur—Par conséquent, le demandeur n'a pas établi qu'il y avait eu manquement à l'équité procédurale en l'espèce—En ce qui a trait à la question de la contrainte, l'examen du dossier a permis de conclure que le GC a appliqué la norme appropriée à l'égard de la question de la contrainte—Le traitement réservé à la preuve suscitait certains problèmes qu'il fallait reconnaître et régler afin de décider si la décision était raisonnable—Quant à la raisonnabilité, le rapport mentionnait le critère élaboré dans l'arrêt *Ramirez* et reconnaissait que l'affaire devrait être examinée du point de vue d'une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur—Par conséquent, le demandeur n'a pas réussi en l'espèce à démontrer qu'il était sous l'effet de la contrainte—Malgré un examen soigné du dossier et la prise en compte de chacune des observations du demandeur, aucune erreur pouvant faire l'objet d'un contrôle judiciaire n'a été relevée—Demande rejetée.

**Federal Courts
Reports**

2016, Vol. 1, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2016, Vol. 1, 1^{er} fascicule

T-367-13
2015 FC 405

T-367-13
2015 CF 405

The Information Commissioner of Canada
(*Applicant*)

La Commissaire à l'information du Canada
(*demanderesse*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

and

et

VIA Rail Canada Inc., the Canadian Air Transport Security Authority and the Business Development Bank of Canada (*Intervenors*)

Via Rail Canada Inc., l'Administration canadienne de la sûreté du transport aérien et la Banque de développement du Canada (*intervenantes*)

INDEXED AS: CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, Harrington J.—Ottawa, February 25 and March 31, 2015.

Cour fédérale, juge Harrington—Ottawa, 25 février et 31 mars 2015.

Access to Information — Reference seeking to determine whether government institutions at liberty to charge fee to search, prepare for disclosure information found in governmental electronic records — Request made under Access to Information Act to Human Resources and Skills Development Canada (HRSDC) for records — Records existing in electronic form, not created from other records by computer — HRSDC calculating search, preparation fees pursuant to Act, ss. 11(2), 11(3) — Applicant arguing that no fees payable as records in question existing, computerized — Debate focusing on terms “record”; “machine readable record”; “non-computerized record”, “a computer” within meaning of Act, Access to Information Regulations — Whether electronic records non-computerized records for purpose of search, preparation fees authorized by Act, s. 11(2), Regulations, s. 7(2) — Amended definition of “record” in Act matter of style rather than substance — New definition neutral, allowing for changing technology — Parliament enabling Governor in Council to regulate search, preparation fees irrespective of form of record — Difficulty lying in interpreting Regulations — Question as to why s. 7(2) referring to “non-computerized record” instead of record — Regulations, s. 7(3) referring to documents not existing at time of request, but subsequently created — Gap existing in search, preparation fees in that fees not covering electronic documents not themselves created from machine readable record — No ambiguity between English, French versions of Act, Regulations — Nothing giving s. 7(2) term “non-computerized record” restricted meaning that “non-computerized record” including any electronic record not in itself existing but created from other records to satisfy demand

Accès à l'information — Renvoi visant à déterminer la question de savoir s'il est loisible aux institutions gouvernementales de facturer un droit pour la recherche de renseignements figurant dans des documents électroniques gouvernementaux et pour leur préparation en vue de leur communication — Une demande d'accès à des dossiers a été faite en vertu de la Loi sur l'accès à l'information à Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDCC) — Ces documents existaient sous forme électronique et n'avaient pas à être créés par un ordinateur à partir d'autres documents — RHDCC a calculé des droits de recherche et de préparation conformément aux art. 11(2) et 11(3) de la Loi — La demanderesse a fait valoir qu'étant donné que les documents en question existaient et étaient informatisés, il n'y avait pas de droits à payer — Le débat portait sur le sens des mots « document », « document informatisé », « document [qui] n'est pas informatisé » et « ordinateur » au sens de la Loi et du Règlement sur l'accès à l'information — Il s'agissait de savoir si les documents électroniques sont des documents qui ne sont pas informatisés en vue de l'application des droits de recherche et de préparation qu'autorisent l'art. 11(2) de la Loi et l'art. 7(2) du Règlement — Le changement apporté à la définition d'un « document » dans la Loi est une affaire de style plutôt que de fond — La nouvelle définition est neutre et prévoit l'évolution de la technologie — Le législateur a permis au gouverneur en conseil de réglementer les droits de recherche et de préparation, peu importe la forme que revêt le document — C'est dans l'interprétation du Règlement que réside la difficulté — La question quant à savoir pourquoi l'art. 7(2) fait mention d'un « document [qui] n'est pas informatisé », plutôt

under Act, s. 4(3) — Governor in Council, regulation re: search, preparation very precise in setting out copying charges, search, preparation fees — Parliament clear: no regulation, no fee — Reference question answered in the negative.

This was a reference by the applicant seeking to determine whether government institutions are at liberty to charge the public a fee to search for, and prepare for disclosure, information found in governmental electronic records.

A citizen made a request under the *Access to Information Act* to Human Resources and Skills Development Canada (HRSDC), now known as Employment and Social Development Canada, for three sets of records. These records exist in electronic form and did not have to be created from other records by a computer. HRSDC calculated search and preparation fees in the amount of \$4 180 for two sets of records in accordance with subsections 11(2) and 11(3) of the Act. The fee was calculated on the basis that it would take 423 hours to locate and prepare all the relevant records. The applicant took the position that since the records in question exist and were computerized no search and preparation fee was payable. The debate focused on the terms “record”; “machine readable record”; “non-computerized record” and “a computer” within the meaning of the Act and the *Access to Information Regulations*.

The question referred was whether electronic records are non-computerized records for the purpose of the search and preparation fees authorized by subsection 11(2) of the Act and subsection 7(2) of the Regulations.

que de faire simplement mention d'un document, comme c'est le cas dans la Loi elle-même a été posée — L'art. 7(3) se rapporte aux documents qui n'existaient pas à l'époque de la demande, mais qui ont été créés par la suite — Il y a un écart sur le plan des droits de recherche et de préparation, en ce sens qu'ils ne portent pas sur les documents électroniques qui n'ont pas été eux-mêmes créés à partir d'un document informatisé — Il n'y a aucune ambiguïté entre les versions française et anglaise de la Loi et du Règlement — Rien ne conférerait au terme « document [qui] n'est pas informatisé » de l'art. 7(2) le sens restreint que préconisent le procureur général et les intervenantes, à savoir qu'un « document [qui] n'est pas informatisé » comprend tout document électronique qui n'existait pas en soi, mais qui a été créé à partir d'autres documents en vue de répondre à une demande présentée en vertu de l'art. 4(3) de la Loi — Lorsqu'il a fixé les frais de copie, le gouverneur en conseil a été très précis; de même, la disposition réglementaire concernant la recherche et la préparation est très précise — Le législateur l'indique très clairement : pas de règlement, pas de droit — La question faisant l'objet du renvoi est répondue par la négative.

Il s'agissait d'un renvoi de la part de la demanderesse visant à déterminer la question de savoir s'il est loisible aux institutions gouvernementales de facturer au public un droit pour la recherche de renseignements figurant dans des documents électroniques gouvernementaux et pour leur préparation en vue de leur communication.

Un citoyen a présenté une demande en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* à Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDC), qui porte aujourd'hui le nom de ministère de l'Emploi et du Développement social, pour trois séries de documents. Ces documents existent sous forme électronique et n'avaient pas à être créés par un ordinateur à partir d'autres documents. RHDC a calculé des droits de recherche et de préparation de 4 180 \$ pour deux séries de documents, le tout conformément aux paragraphes 11(2) et 11(3) de la Loi. Les droits ont été calculés en prenant pour base qu'il faudrait 423 heures pour trouver et préparer tous les documents applicables. La demanderesse a toutefois exprimé l'avis qu'étant donné que les documents en question existaient et étaient informatisés, il n'y avait pas de droits de recherche et de préparation à payer. Le débat a porté sur le sens des mots « document », « document informatisé », « document [qui] n'est pas informatisé » et « ordinateur » au sens de la Loi et du *Règlement sur l'accès à l'information*.

La question soumise consistait à savoir si les documents électroniques sont des documents qui ne sont pas informatisés en vue de l'application des droits de recherche et de préparation qu'autorisent le paragraphe 11(2) de la Loi et le paragraphe 7(2) du Règlement.

Held, the reference question should be answered in the negative.

The definition of “record” in the Act was amended to mean “any documentary material, regardless of medium or form”. This change in the definition of “record” is a matter of style rather than substance. The new definition is neutral and allows for changing technology without having to repeatedly revise the definition. The Act itself poses no difficulty. Apart from providing that an application fee is not to exceed \$25, Parliament enabled the Governor in Council to regulate search and preparation fees irrespective of the form of the record, electronic or hard copy, and if in electronic form whether it already existed or had to be created from a machine readable record. The difficulty lies in interpreting the Regulations. The question is why subsection 7(2) refers to a “non-computerized record” instead of referring to a record. Subsection 7(3) must be taken to refer to documents which did not exist at the time of the request, but were subsequently created. The regulation is extremely specific with respect to the types of reproduction for which fees may be levied. They have not been updated to cover the production of DVD or USB device forms. In like fashion there is a gap in the search and preparation fees in that they do not cover electronic documents which were not themselves created from a machine readable record. There is no ambiguity between the English and French versions of the Act and Regulations. Subsection 7(2) of the Regulations speaks of a “non-computerized record”. There is nothing which would give that term the restricted meaning that a “non-computerized record” includes any electronic record which did not in itself exist but was created from other records in order to satisfy a demand under subsection 4(3) of the Act. The Governor in Council was very precise in setting out copying charges. Likewise, the regulation with respect to search and preparation is very precise. Parliament made it very clear: no regulation—no fee. Some of the interveners are ill-equipped to deal with requests, and have budgetary restraints. Search and preparation fees would help their financial situation. However, it is Parliament that placed these government institutions under the Act. If they are underfunded, they should not be looking to the courts for redress.

Jugement : On doit répondre par la négative à la question faisant l’objet du renvoi.

La définition du mot « document » dans la Loi a été modifiée pour signifier « éléments d’information, quel qu’en soit le support ». Ce changement apporté à la définition d’un « document » est une affaire de style plutôt que de fond. La nouvelle définition est neutre et prévoit l’évolution de la technologie sans avoir à réviser à répétition la définition. La Loi elle-même ne pose aucune difficulté. À part prévoir qu’un droit de demande ne doit pas excéder la somme de 25 \$, le législateur a permis au gouverneur en conseil de réglementer les droits de recherche et de préparation, peu importe la forme que revêt le document, électronique ou imprimé, et, s’il est sous forme électronique, s’il existait déjà ou a dû être créé à partir d’un document informatisé. C’est dans l’interprétation du Règlement que réside la difficulté. Il s’agit de savoir pourquoi le paragraphe 7(2) fait mention d’un « document [qui] n’est pas informatisé », plutôt que de faire mention d’un document. Il faut considérer que le paragraphe 7(3) se rapporte aux documents qui n’existaient pas à l’époque de la demande, mais qui ont été créés par la suite. Le règlement est extrêmement précis au sujet des types de forme de reproduction pour lesquels des droits peuvent être imposés. Ils n’ont pas été mis à jour pour englober la production de formes de DVD ou de dispositifs USB. Dans le même ordre d’idées, il y a un écart sur le plan des droits de recherche et de préparation, en ce sens qu’ils ne portent pas sur les documents électroniques qui n’ont pas été eux-mêmes créés à partir d’un document informatisé. Il n’y a aucune ambiguïté entre les versions française et anglaise de la Loi et du Règlement. Il est question au paragraphe 7(2) du Règlement d’un « document [qui] n’est pas informatisé ». Rien ne conférerait à ce terme le sens restreint préconisé, à savoir qu’un « document [qui] n’est pas informatisé » comprend tout document électronique qui n’existait pas en soi, mais qui a été créé à partir d’autres documents en vue de répondre à une demande présentée en vertu du paragraphe 4(3) de la Loi. Lorsqu’il a fixé les frais de copie, le gouverneur en conseil a été très précis. Dans le même ordre d’idées, la disposition réglementaire concernant la recherche et la préparation est très précise. Le législateur l’indique très clairement : pas de règlement, pas de droit. Certaines des intervenantes sont mal équipées pour répondre aux demandes, et sont soumises à des contraintes budgétaires. Des droits de recherche et de préparation aideraient à alléger leur situation financière. Mais c’est le législateur qui a assujéti ces institutions gouvernementales à la Loi. Si elles sont insuffisamment financées, il ne faudrait pas qu’elles s’adressent aux tribunaux pour obtenir réparation.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 3 “record”, 4(3), 11, 77.
Access to Information Regulations, SOR/83-507, ss. 3, 7.
An Act to enact the Access to Information Act and the Privacy Act, to amend the Federal Court Act and the Canada Evidence Act, and to amend certain other Acts in consequence thereof, S.C. 1980-81-82-83, c. 111.
British North America Act, 1867 (The), 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5], ss. 91, 92.
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], s. 91.
Federal Accountability Act, S.C. 2006, c. 9.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.3.
Merchant Shipping (Liability of Shipowners and Others) Act 1958 (U.K.), 6 & 7 Eliz. II, c. 62.
Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 20.
Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5.

CASES CITED

DISTINGUISHED:

Blank v. Canada (Minister of the Environment), 2000 CanLII 16437 (F.C.T.D.).

APPLIED:

Attorney General for Ontario et al. v. Regional Municipality of Peel, [1979] 2 S.C.R. 1134, (1979), 104 D.L.R. (3d) 1.

CONSIDERED:

The Putbus, [1969] 2 All E.R. 676, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 253 (C.A.); *Police Authority for Huddersfield v. Watson*, [1947] K.B. 842; *Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 341, 83 Admin. L.R. (4th) 183; *Yeager v. Canada (Correctional Service)*, 2003 FCA 30, [2003] 3 F.C. 107; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155; *Glykis v. Hydro-Québec*, 2004 SCC 60, [2004] 3 S.C.R. 285; *The Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons*, [1881] UKPC 49 (BaiLII), (1881-82), 7 A.C. 96; *Yates v. United States*, 574 U.S. ___ (2015).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, appendice II, n° 5], art. 91, 92.
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. 91.
Loi édictant la Loi sur l’accès à l’information et la Loi sur la protection des renseignements personnels, modifiant la Loi sur la preuve au Canada et la Loi sur la Cour fédérale et apportant des modifications corrélatives à d’autres lois, S.C. 1980-81-82-83, ch. 111.
Loi fédérale sur la responsabilité, L.C. 2006, ch. 9.
Loi sur l’accès à l’information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 3 « document », 4(3), 11, 77.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.3.
Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 20.
Merchant Shipping (Liability of Shipowners and Others) Act 1958 (R.-U.), 6 & 7 Eliz. II, ch. 62.
Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5.
Règlement sur l’accès à l’information, DORS/83-507, art. 3, 7.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Blank c. Canada (Ministre de l’Environnement), 2000 CanLII 16437 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION APPLIQUÉE :

Procureur général de l’Ontario et autre c. Municipalité régionale de Peel, [1979] 2 R.C.S. 1134.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

The Putbus, [1969] 2 All E.R. 676, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 253 (C.A.); *Police Authority for Huddersfield v. Watson*, [1947] K.B. 842; *Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 341; *Yeager c. Canada (Services correctionnels)*, 2003 CAF 30, [2003] 3 C.F. 107; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155; *Glykis c. Hydro-Québec*, 2004 CSC 60, [2004] 3 R.C.S. 285; *The Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons*, [1881] UKPC 49 (BaiLII), (1881-82), 7 A.C. 96; *Yates v. United States*, 574 U.S. ___ (2015).

REFERRED TO:

Information Commissioner of Canada v. Canada (Attorney General), 2014 FC 133, 447 F.T.R. 267; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Perka et al. v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, (1984), 13 D.L.R. (4th) 1; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84.

AUTHORS CITED

Carroll, Lewis. *Through the looking-glass and what Alice found there*.
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: Lexis Nexis Canada, 2008.

REFERENCE by the applicant seeking to determine whether government institutions are at liberty to charge the public a fee to search for, and prepare for disclosure, information found in governmental electronic records. Reference question answered in the negative.

APPEARANCES

Louisa Garib and *Diane Therrien* for applicant.
Gregory Tzemenakis for respondent.
Loïc Berdnikoff for interveners.

SOLICITORS OF RECORD

Sack Goldblatt Mitchell LLP, Toronto, and *Office of the Information Commissioner of Canada*, Gatineau, Quebec, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Lavery, de Billy, Montréal, for interveners.

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

[1] HARRINGTON J.: Are government institutions, which are subject to the *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act)], at liberty to charge the public a fee to search for, and prepare for disclosure,

DÉCISIONS CITÉES :

Commissaire à l'information du Canada c. Canada (Procureur général), 2014 CF 133; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Perka et al. c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84.

DOCTRINE CITÉE

Carroll, Lewis. *Through the looking-glass and what Alice found there*.
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. Markham, Ont. : Lexis Nexis Canada, 2008.

RENOVI de la part de la demanderesse visant à déterminer la question de savoir s'il est loisible aux institutions gouvernementales de facturer au public un droit pour la recherche de renseignements figurant dans des documents électroniques gouvernementaux et pour leur préparation en vue de leur communication. La question faisant l'objet du renvoi est répondue par la négative.

ONT COMPARU

Louisa Garib et *Diane Therrien* pour la demanderesse.
Gregory Tzemenakis pour le défendeur.
Loïc Berdnikoff pour les intervenantes.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Sack Goldblatt Mitchell LLP, Toronto, et *Commissaire à l'information du Canada*, Gatineau (Québec), pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.
Lavery, de Billy, Montréal, pour les intervenantes.

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

[1] LE JUGE HARRINGTON : Est-il loisible aux institutions gouvernementales assujetties à la *Loi sur l'accès à l'information* [L.R.C. (1985), ch. A-1] (la Loi) de facturer au public un droit pour la recherche de

information found in governmental electronic records? The problem lies in the definition of “record” (*document*) [in section 3 of the Act]. There are two types of electronic records contemplated by the Act: those that already exist and those that do not but can be created with the aid of computers. The current Information Commissioner submits that fees may only be levied with respect to the latter. The Attorney General and the Crown corporations which have intervened hold the view that a fee may be levied irrespective of whether or not the record currently exists. That view was also held by the commissioner’s predecessor.

[2] The point is a narrow one, one which is not easy to resolve. Not only is the language of the Act and the Regulations [*Access to Information Regulations*, SOR/83-507] enacted thereunder vague, but they have practically stood still since they were passed in the early 1980s. At that time, although personal computers existed, their use in the government workplace was more or less non-existent. Over the years there has been a shift from records which were solely paper based to electronic records, although hard copy versions may also exist. Personal computers, laptops and tablets are now widely used in the government workplace.

[3] The answer lies in the intention of Parliament and the Governor in Council. I must say I am far from certain what that intention was. The decision of Lord Justice Edmund Davies in *The Putbus*, [1969] 2 All E.R. 676 (C.A.) comes to mind. This is what he had to say about a difficult provision in the *Merchant Shipping (Liability of Shipowners and Others) Act 1958* (U.K.), 6 & 7 Eliz. II, c. 62 [at page 681]:

This obscure provision tempts one to adopt feelingly the words of Scrutton, L.J., in *Green v. Premier Glynrhonwy Slate Co., Ltd.*, [[1928] 1 K.B. 561 at p. 566], ...

renseignements figurant dans des documents électroniques gouvernementaux et pour leur préparation en vue de leur communication? Le problème réside dans la définition du mot « document » (*record*) [à l’article 3 de la Loi]. La Loi envisage deux types de documents électroniques : ceux qui existent déjà et ceux qui n’existent pas, mais qu’il est possible de créer avec l’aide d’ordinateurs. L’actuelle commissaire à l’information soutient que l’on ne peut imposer des droits qu’à l’égard du second type de documents électroniques. Le procureur général et les sociétés d’État qui sont intervenus sont d’avis qu’il est possible de facturer un droit, indépendamment du fait que le document en question existe présentement ou non. C’était également l’avis du prédécesseur de la commissaire.

[2] Il s’agit là d’un point précis, qui n’est pas facile à régler. Non seulement le libellé de la Loi et du Règlement [*Règlement sur l’accès à l’information*, DORS/83-507] y afférent est-il vague, mais ces deux textes n’ont presque pas changé depuis leur adoption, au début des années 1980. À cette époque, il existait bien des ordinateurs personnels, mais leur emploi dans les lieux de travail gouvernementaux était plus ou moins inexistant. Au fil des ans, les documents que l’on produisait uniquement sur papier ont été remplacés par des documents électroniques, mais il peut aussi y avoir des versions papier. Aujourd’hui, les ordinateurs personnels, les ordinateurs portables et les tablettes sont largement répandus dans les lieux de travail gouvernementaux.

[3] La réponse réside dans l’intention du législateur et du gouverneur en conseil, mais je dois dire que je suis loin d’être sûr de ce qu’était cette intention. Il me vient à l’esprit la décision du lord juge Edmund Davies, dans l’affaire *The Putbus*, [1969] 2 All E.R. 676 (C.A.), qui a déclaré ce qui suit au sujet d’une disposition complexe de la *Merchant Shipping (Liability of Shipowners and Others) Act 1958* (R.-U.), 6 & 7 Eliz. II, ch. 62 [à la page 681] :

[TRADUCTION] Cette disposition obscure incite à adopter librement les propos du lord juge Scrutton dans *Green v. Premier Glynrhonwy Slate Co., Ltd.*, [[1928] 1 K.B. 561, à la page 566] [...]

“... If I am asked whether I have arrived at the meaning of the words which Parliament intended I say frankly I have not the slightest idea.”

But, while tempted to echo those words, I do not dismiss the problem of construction as wholly beyond solution.

[4] A great many aids to statutory interpretation have been invoked: the “modern” approach, shared meaning in bilingual legislation, and originalism as opposed to the “living tree” approach, among others. An extensive body of case law has been summarized in two of Canada’s leading texts, Pierre-André Côté, collaboration Mathieu Devinat and Stéphane Beaulac, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 2011) and Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham, Ont.: Lexis Nexis Canada, 2008).

[5] The question was referred to this Court by the Information Commissioner under subsection 18.3(1) of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], which provides that a federal board, commission or other tribunal may refer any question of law to this Court for determination. The Attorney General initially took the position that the Commissioner fell outside the scope of section 18.3 because her functions are advisory, rather than determinative. Prothonotary Tabib dismissed his motion to strike on the grounds that it was not plain and obvious that the Information Commissioner could not take advantage of section 18.3 (*Information Commissioner of Canada v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 133, 447 F.T.R. 267).

[6] The Attorney General subsequently resiled from his original position. His client, Human Resources and Skills Development Canada (HRSDC), now known as Employment and Social Development Canada, intends to levy a search and preparation charge with respect to electronic records to be found in its computers. I am satisfied that the Information Commissioner is entitled to pose a question to this Court under section 18.3.

« [...] quand on me demande si j’ai découvert le sens des mots qu’envisageait le législateur, je réponds franchement que je n’en ai pas la moindre idée ».

Mais, bien que je sois tenté de faire écho à ces propos, je ne suis pas d’avis que le problème d’interprétation soit tout à fait insoluble.

[4] De nombreuses aides à l’interprétation des lois ont été invoquées : la méthode « moderne », le sens commun des lois bilingues, ainsi que l’originalisme par opposition à la méthode de l’« arbre vivant », parmi d’autres. Une vaste jurisprudence a été résumée dans deux des principaux textes canadiens sur le sujet : Pierre-André Côté, avec la collaboration de Mathieu Devinat et de Stéphane Beaulac, *Interprétation des lois*, 4^e éd. (Montréal : Thémis, 2009) et Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. (Markham, Ont. : Lexis Nexis Canada, 2008).

[5] La question a été renvoyée à la Cour par la commissaire à l’information en vertu du paragraphe 18.3(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7], lequel dispose que les offices fédéraux peuvent renvoyer devant la Cour fédérale pour jugement toute question de droit. Le procureur général a tout d’abord exprimé l’avis que la commissaire ne tombait pas sous le coup de l’article 18.3 parce que ses fonctions étaient de nature consultative plutôt que décisionnelle. La protonotaire Tabib a rejeté sa requête en radiation au motif qu’il n’était pas évident et manifeste que la commissaire à l’information ne pouvait pas se prévaloir de cette disposition (*Commissaire à l’information du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 133).

[6] Le procureur général est ensuite revenu sur sa position initiale. Son client, Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDC), qui porte aujourd’hui le nom de ministère de l’Emploi et du Développement social, a l’intention d’imposer des frais de recherche et de préparation pour les documents électroniques qui se trouvent dans ses ordinateurs. Je suis convaincu que la commissaire à l’information a le droit de soumettre une question à la Cour en vertu de l’article 18.3.

I. The Facts

[7] The parties are to be applauded for the time and effort expended in reaching an agreed statement of facts with exhibits.

[8] The current dispute began in 2011. A Canadian citizen made a request under the Act to HRSDC for the following three sets of records:

1. Relational database “table relationship diagram” (or otherwise formatted “data dictionary”) which defines the table structure present in the SIN record database, including the schema of all tables (names and datatypes of all fields), and table relationships.

2. All system user manuals and/or guides concerning the database system and associated front-end user interface(s) which is/are used to provide the services associated with “Social Insurance Registration”, including but not limited to the process of updating an existing SIN record,

3. Developer’s “Changelog” document description describing incremental changes in said database system and its front-end user interface application from version to version.”

It is accepted that these records exist in electronic form and do not have to be created from other records by a computer.

[9] Following some discussion, the first set was provided. However, HRSDC calculated search and preparation fees in the amount of \$4 180 for the other two and required prepayment, the whole in accordance with subsections 11(2) and 11(3) of the Act. The fee was calculated on the basis that it would take 423 hours to locate and prepare all the relevant records.

[10] Thereafter, the requestor complained to the Office of the Information Commissioner. His complaint was as to the estimate of the time required and hence the amount of the fee. However, the Commissioner took the position that since the records in question exist and were computerized no search and preparation fee was payable

I. Les faits

[7] Il convient de louer les parties pour le temps et les efforts qu’elles ont dépensés en vue d’établir un exposé conjoint des faits assorti de diverses pièces.

[8] Le présent litige a débuté en 2011. Un citoyen a présenté une demande en vertu de la Loi à RHDCC pour les trois séries de documents qui suivent :

[TRADUCTION]

1. Le « schéma de relations de tables » (ou le « dictionnaire de données » par ailleurs formaté) d’une base de données relationnelle, qui définit la structure de tables présente dans la base de données sur les dossiers de NAS, y compris le schéma de tous les tableaux (nom et types de données de tous les champs), ainsi que les relations de tables;

2. Tous les manuels ou guides de l’utilisateur concernant le système de bases de données, ainsi que les interfaces utilisateur-ordinateur frontal connexes utilisés pour dispenser les services relatifs à l’« immatriculation aux assurances sociales », y compris, notamment au processus d’actualisation des dossiers de NAS existants;

3. Une description du journal des changements du réalisateur de logiciel, indiquant les changements successifs de version en version du système susmentionné et de son application d’interface utilisateur-ordinateur frontal.

Il est admis que ces documents existent sous forme électronique et n’ont pas à être créés par un ordinateur à partir d’autres documents.

[9] Après certains échanges, la première série de documents a été fournie. Cependant, RHDCC a calculé des droits de recherche et de préparation de 4 180 \$ pour les deux autres séries et a exigé un paiement anticipé, le tout conformément aux paragraphes 11(2) et 11(3) de la Loi. Les droits ont été calculés en prenant pour base qu’il faudrait 423 heures pour trouver et préparer tous les documents applicables.

[10] L’auteur de la demande a ensuite porté plainte auprès du Commissariat à l’information. Sa plainte avait trait à l’estimation du temps requis et, donc, au montant des droits. La commissaire a toutefois exprimé l’avis qu’étant donné que les documents en question existaient et étaient informatisés, il n’y avait pas de droits de

at all. Thus the reasonableness of the estimate is not before me.

[11] This position constituted a sea change as the previous Information Commissioner was of the view that government institutions were entitled to charge for the search of and preparation of electronic records. That opinion was based upon the decision of Mr. Justice Muldoon in *Blank v. Canada (Minister of the Environment)*, 2000 CanLII 16437 (F.C.T.D.). The current Information Commissioner is of the view that *Blank* did not decide the point and that on a proper interpretation of the *Access to Information Act* and the *Access to Information Regulations*, such fees may not be levied.

II. The Act and Regulations

[12] The Act was assented to in 1982 (S.C. 1980-81-82-83, c. 111 [*An Act to enact the Access to Information Act and the Privacy Act, to amend the Federal Court Act and the Canada Evidence Act, and to amend certain other Acts in consequence thereof*]). The Regulations were registered the following year (SOR/83-507). Both were subsequently amended to provide for the creation of records in an “alternative format” in order to allow a person with a sensory disability to read or listen thereto. Alternative format records are not in issue.

[13] The only amendment to the Act which might be relevant is the definition of “record/document”. A “record” (*document*) is defined in section 3 of the Act:

3. ...

“record”
« docu-
ment » “record” means any documentary material,
regardless of medium or form;

It used to read:

recherche et de préparation à payer. La question qui m’est soumise est donc le caractère raisonnable de l’estimation.

[11] Cette position constitue un changement radical, car le commissaire à l’information précédent était d’avis que les institutions gouvernementales étaient en droit de facturer des droits pour la recherche et la préparation de documents électroniques. Cet avis reposait sur la décision du juge Muldoon dans l’affaire *Blank c. Canada (Ministre de l’Environnement)*, 2000 CanLII 16437 (C.F. 1^{re} inst.). L’actuelle commissaire à l’information estime que la décision *Blank* n’a pas tranché la question et que, si l’on interprète comme il faut la *Loi sur l’accès à l’information* et le *Règlement sur l’accès à l’information*, de tels droits ne peuvent pas être imposés.

II. La Loi et le Règlement

[12] La Loi a été sanctionnée en 1982 (S.C. 1980-81-82-83, ch. 111 [*Loi édictant la Loi sur l’accès à l’information et la Loi sur la protection des renseignements personnels, modifiant la Loi sur la preuve au Canada et la Loi sur la Cour fédérale et apportant des modifications corrélatives à d’autres lois*]), et le Règlement a été enregistré l’année suivante (DORS/83-507). Ces deux textes ont été modifiés par la suite en vue de prévoir la création de documents sur « supports de substitution », permettant à une personne ayant une déficience sensorielle de les lire ou de les écouter. Les documents créés sur un tel support ne sont pas en litige.

[13] La seule modification à la Loi qui pourrait être pertinente est la définition du mot « document/record ». Un « document » (*record*) est défini à l’article 3 de la Loi :

3. [...]

« document » Éléments d’information, quel « document »
qu’en soit le support. “record”

Le texte antérieur de cette définition était le suivant :

3. ...

“record”
« *document* »

“record” includes any correspondence, memorandum, book, plan, map, drawing, diagram, pictorial or graphic work, photograph, film, microform, sound recording, videotape, machine readable record, and any other documentary material, regardless of physical form or characteristics, and any copy thereof;

[14] “Record” (*document*) was further defined in subsection 4(3) of the Act which has never been amended. It provides:

4. ...

Records produced from machine readable records

(3) For the purposes of this Act, any record requested under this Act that does not exist but can, subject to such limitations as may be prescribed by regulation, be produced from a machine readable record under the control of a government institution using computer hardware and software and technical expertise normally used by the government institution shall be deemed to be a record under the control of the government institution. [My emphasis.]

[15] The debate focuses on the meaning “record/*document*”; “machine readable record/*document informatisé*”; “non-computerized record/*document ... pas informatisé*” and “a computer/*l’ordinateur*” within the meaning of the Act and Regulations.

[16] As set out in section 2 of the Act, its purpose is to give Canadians a right of access to information in records under the control of certain government institutions.

[17] Fees are provided for in section 11 of the Act and in section 7 of the Regulations, both of which are appended hereto in full. Section 11 of the Act contemplates that a person requesting access to a record may be required to pay:

3. [...]

« document » Tous éléments d’information, quels que soient leur forme et leur support, notamment correspondance, note, livre, plan, carte, dessin, diagramme, illustration ou graphique, photographie, film, microformule, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, ou toute reproduction de ces éléments d’information.

« document »
“*record*”

[14] Le mot « document » (*record*) a été défini plus en détail au paragraphe 4(3) de la Loi, qui n’a jamais été modifié :

4. [...]

(3) Pour l’application de la présente loi, les documents qu’il est possible de préparer à partir d’un document informatisé relevant d’une institution fédérale sont eux-mêmes considérés comme relevant de celle-ci, même s’ils n’existent pas en tant que tels au moment où ils font l’objet d’une demande de communication. La présente disposition ne vaut que sous réserve des restrictions réglementaires éventuellement applicables à la possibilité de préparer les documents et que si l’institution a normalement à sa disposition le matériel, le logiciel et les compétences techniques nécessaires à la préparation. [Non souligné dans l’original.]

Document issu d’un document informatisé

[15] Le débat porte sur le sens des mots « document/*record* », « document informatisé/*machine readable record* », « document [qui] n’est pas informatisé/*non-computerized record* » et « ordinateur/*computer* » au sens de la Loi et du Règlement.

[16] Comme l’indique l’article 2 de la Loi, cette dernière vise à donner aux Canadiens accès aux documents que détiennent certaines institutions gouvernementales.

[17] Les droits à acquitter sont prévus à l’article 11 de la Loi et à l’article 7 du Règlement, deux dispositions dont le texte est reproduit intégralement à l’annexe ci-jointe. L’article 11 de la Loi précise qu’une personne qui fait une demande d’accès à un document peut être tenue d’acquitter :

- | | |
|---|--|
| <p>a. an application fee not exceeding \$25;</p> <p>b. a fee reflecting the cost of reproduction;</p> <p>c. the cost of converting a record into an alternative format; and</p> <p>d. a fee for every hour in excess of five hours that is reasonably required to search for the record or prepare any part of it for disclosure, be it prepared from a machine readable record or not, all as may be prescribed by regulation.</p> | <p>a. un droit de demande d'un montant maximal de 25 \$;</p> <p>b. un droit correspondant aux frais de reproduction;</p> <p>c. le coût de la production d'un document sur support de substitution;</p> <p>d. un montant déterminé par règlement, s'il faut plus de cinq heures pour rechercher le document ou en prélever la partie communicable, que ce soit à partir d'un document informatisé ou non.</p> |
|---|--|

[18] Section 77 of the Act provides that the Governor in Council may make regulations, among other things, for:

[18] L'article 77 de la Loi prévoit que le gouverneur en conseil peut notamment, par voie de règlement :

Regulations **77. ...**

77. [...]

Règlements

(d) prescribing a fee for the purpose of paragraph 11(1)(a) and the manner of calculating fees or amounts payable for the purposes of paragraphs 11(1)(b) and (c) and subsections 11(2) and (3);

d) fixer le montant des droits prévus à l'alinéa 11(1)a) et déterminer le mode de calcul du montant exigible en vertu des alinéas 11(1)b) et c) et des paragraphes 11(2) et (3);

[19] Section 7 of the Regulations covers the four types of fees which Parliament authorized the Governor in Council to enact by way of regulation:

[19] L'article 7 du Règlement indique les quatre types de droit que le législateur a autorisé le gouverneur en conseil à adopter par voie de règlement :

- | | |
|---|--|
| <p>a. the application fee is \$5;</p> <p>b. reproduction costs are set out for photocopying, microfiche duplication, microfilm duplication, microfilm to paper duplication and magnetic tape-to-tape duplication;</p> <p>c. costs for producing a record in alternative format, be it brail, large print, audio cassette or microcomputer diskette.</p> | <p>a. le droit de demande est de 5 \$;</p> <p>b. les droits de reproduction sont fixés pour une photocopie, la reproduction d'une micro-fiche, la reproduction d'un microfilm, la reproduction d'une micro-forme sur papier et la reproduction d'une bande magnétique sur une autre bande;</p> <p>c. le droit de reproduction d'un document sur un support de substitution, qu'il soit en braille, en gros caractères, sur audiocassette ou sur disquette de micro-ordinateur.</p> |
|---|--|

These fees are not in direct issue but do inform the debate as to the fourth type of fee: search and preparation fees. For instance, it is common ground that no fee is chargeable for producing a record in a more modern format such as in DVDs or USBs.

Ces droits ne sont pas directement en litige, mais ils éclairent quand même le débat entourant le quatrième type de droit, celui qui s'applique à la recherche et à la préparation. Par exemple, il est bien établi qu'aucun droit ne peut être imposé en vue de produire un document sur

[20] This brings us to the heart of the problem, subsections 2 and 3 of section 7 of the Regulations. Under subsection 7(2) of the Regulations, if the record is a “non-computerized record” (*le document ... n’est pas informatisé*) [emphasis added] the head of the government institution in question may require payment in the amount of \$2.50 per person per quarter hour for every hour in excess of five hours that is spent on search and preparation.

[21] Subsection 7(3) goes on to provide that where the record is produced from “a machine readable record” (*lorsque le document demandé ... est produit à partir d’un document informatisé*) [emphasis added] the head of the government institution may, in addition to any other fee, impose two more fees:

7. ...

(3) ...

(a) \$16.50 per minute for the cost of the central processor and all locally attached devices; and

(b) \$5 per person per quarter hour for time spent on programming a computer.

III. The position of the parties

[22] The formal reference is framed as follows:

Are electronic records non-computerized records for the purpose of the search and preparation fees authorized by subsection 11(2) of the *Access to Information Act* (the Act) and subsection 7(2) of the *Access to Information Regulations* (the Regulations)?

[23] The Information Commissioner submits that the answer is “no”. In her view, “non-computerized records” mean records which are not stored in or on a computer or in electronic format.

un support plus moderne, comme un DVD ou une clé USB.

[20] Cela nous amène au cœur du problème : les paragraphes 2 et 3 de l’article 7 du Règlement. Aux termes du paragraphe 7(2) du Règlement, si le document « n’est pas informatisé » (*is a non-computerized record*) [non souligné dans l’original] le responsable de l’institution gouvernementale en question peut exiger le versement d’un montant de 2,50 \$ la personne par quart d’heure pour chaque heure en sus de cinq passée à la recherche et à la préparation.

[21] Le paragraphe 7(3) prévoit ensuite que lorsque le document demandé est produit « à partir d’un document informatisé » (*the record [...] is produced from a machine readable record*) [non souligné dans l’original], le responsable de l’institution gouvernementale peut, en plus de tout autre droit, en imposer deux autres :

7. [...]

(3) [...]

a) 16,50 \$ par minute pour l’utilisation de l’unité centrale de traitement et de tous les périphériques connectés sur place; et

b) 5 \$ la personne par quart d’heure passé à programmer l’ordinateur.

III. La position des parties

[22] Le texte officiel du renvoi est formulé en ces termes :

[TRADUCTION] Les documents électroniques sont-ils des documents qui ne sont pas informatisés en vue de l’application des droits de recherche et de préparation qu’autorisent le paragraphe 11(2) de la *Loi sur l’accès à l’information* (la Loi) et le paragraphe 7(2) du *Règlement sur l’accès à l’information* (le Règlement)?

[23] La commissaire à l’information soutient que la réponse à cette question est « non ». À son avis, l’expression « documents non informatisés » désigne ceux qui ne sont pas stockés dans un ordinateur ou produits sous forme électronique.

[24] The Attorney General submits the answer should be:

Yes. Applying a contextual analysis, records that are subject to the search and preparations fees in subsection 7(2) of the Regulations include records in electronic format (such as Word documents or emails) that can be produced without the need to program a computer to create the record.

[25] The interveners also submit that the answer should be “yes”.

[26] The parties all agree that the Regulations are out of date. The fees, leaving aside the subsequent amendment to allow for records in alternative format remain as they were in 1983, except that in 1986 the photocopying fee was reduced from \$0.25 per page to \$0.20 per page. The Commissioner realizes that while in some cases searching for electronic records is straightforward; in others it can be difficult, time consuming and resource intensive. Government information exists in electronic and non-electronic format alike. Electronic records may be stored in various systems using a variety of traditional and new technologies. There is and has been a quickly changing array of hardware and software. There is no integrated system for data management as information may be stored on personal computers, hard drives, external drives, USB devices, tablets, standalone servers, common access servers and the like.

IV. Deference

[27] The question arises whether I owe deference to judges who looked at relevant portions of the Act and Regulations in the past; to the Information Commissioner whose home statute it is and to the opinion of Ministers of the Crown, particularly the President of the Treasury Board, whose predecessors fixed the search and preparation fees. In my opinion the question must be answered in the negative.

[24] Le procureur général soutient que la réponse devrait être la suivante :

[TRADUCTION] Oui. Selon une analyse contextuelle, les documents qui sont soumis aux droits de recherche et de préparation dont il est question au paragraphe 7(2) du Règlement comprennent les documents établis sous une forme électronique (tels que les documents Word ou les messages électroniques) qu'il est possible de produire sans devoir programmer un ordinateur pour les créer.

[25] Les intervenantes soutiennent-elles aussi que la réponse devrait être « oui ».

[26] Les parties conviennent toutes que le Règlement est périmé. Les droits, abstraction faite de la modification qui a été apportée ultérieurement au sujet des documents présentés sur un support de substitution, sont les mêmes qu'en 1983, sauf qu'en 1986 le droit de photocopie a été réduit de 0,25 \$ la page à 0,20 \$ la page. La commissaire est consciente que, dans certains cas, la recherche de documents électroniques est une opération simple, tandis que, dans d'autres, il peut s'agir d'un travail ardu, qui requiert un temps et des ressources considérables. Les renseignements gouvernementaux existent sous forme tant électronique que non électronique. Les documents électroniques peuvent être stockés dans divers systèmes au moyen d'un éventail de techniques classiques et nouvelles. La gamme des matériels et des logiciels change rapidement. Il n'existe aucun système intégré pour la gestion des données, car les renseignements peuvent être stockés dans des ordinateurs personnels, des disques durs, des disques externes, des dispositifs USB, des tablettes, des serveurs autonomes, des serveurs à accès commun, etc.

IV. Le degré de déférence requis

[27] Dois-je faire preuve de déférence envers les juges qui se sont penchés dans le passé sur les passages applicables de la Loi et du Règlement, envers la commissaire à l'information, dont c'est la loi habilitante qui est en question, ainsi qu'envers l'opinion de ministres fédéraux, et notamment le président du Conseil du Trésor, dont ce sont les prédécesseurs qui ont fixé les droits de recherche et de préparation? À mon avis, c'est par la négative qu'il faut répondre à la question.

[28] In *Blank* referred to earlier, the main focus was on whether certain documents existed. However Mr. Justice Muldoon was also of the view that the proposed charges to search and prepare for disclosure emails which already existed were reasonable.

[29] Mr. Justice Muldoon and I are at the same level, subject to correction by the Federal Court of Appeal. Thus the applicable principle is not *stare decisis* but rather judicial comity. This principle was clearly explained by Lord Goddard C.J. in *Police Authority for Huddersfield v. Watson*, [1947] K.B. 842, at page 848:

... I think the modern practice, and the modern view of the subject, is that a judge of first instance, though he would always follow the decision of another judge of first instance, unless he is convinced the judgment is wrong, would follow it as a matter of judicial comity. He certainly is not bound to follow the decision of a judge of equal jurisdiction. He is only bound to follow the decisions which are binding on him, which, in the case of a judge of first instance, are the decisions of the Court of Appeal, the House of Lords and the Divisional Court.

[30] In *Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 341, 83 Admin. L.R. (4th) 183, Madam Justice Dawson set out circumstances which would justify a refusal to follow a prior decision of the same court (at paragraph 52):

A judge of this Court, as a matter of judicial comity, should follow a prior decision made by another judge of this Court unless satisfied that: (a) subsequent decisions have affected the validity of the prior decision; (b) the prior decision failed to consider some binding precedent or relevant statute; or (c) the prior decision was unconsidered; that is, made without an opportunity to fully consult authority. If any of those circumstances are found to exist, a judge may depart from the prior decision, provided that clear reasons are given for the departure and, in the immigration context, an opportunity to settle the law is afforded to the Federal Court of Appeal by way of a certified question. See: *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590 at page 591 (B.C.C.A.), and *Ziyadah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 4 F.C. 152 (T.D.).

[28] Dans la décision *Blank*, précitée, l'accent était principalement mis sur la question de savoir s'il existait certains documents. Cependant, le juge Muldoon était également d'avis que les frais de recherche et de préparation proposés pour la communication de messages électroniques déjà existants étaient raisonnables.

[29] Le juge Muldoon et moi sommes de même rang, soumis à rectification de la part de la Cour d'appel fédérale. Le principe applicable n'est donc pas le *stare decisis*, mais plutôt la courtoisie judiciaire. Ce principe a déjà été clairement expliqué par le lord juge en chef Goddard, dans l'affaire *Police Authority for Huddersfield v. Watson*, [1947] K.B. 842, à la page 848 :

[TRADUCTION] [...] je pense que selon la pratique contemporaine et la conception contemporaine de la question, c'est par déférence confraternelle qu'un juge de première instance se conforme toujours à la décision d'un autre juge de première instance, à moins qu'il ne soit convaincu que cette décision est erronée. Il n'est certainement pas tenu de se conformer à la décision d'un juge de même rang. Il n'est tenu de suivre que les décisions qui ont force jurisprudentielle à son égard, c'est-à-dire, s'il est juge de première instance, celles qui émanent de la Cour d'appel, de la Chambre des lords et de la Cour divisionnaire.

[30] Dans la décision *Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 341, la juge Dawson a exposé les conditions qui justifieraient le refus de se conformer à une décision antérieure d'un même tribunal (au paragraphe 52) :

Un juge de la Cour, par courtoisie judiciaire, doit suivre une décision antérieure rendue par un autre juge de la Cour, à moins qu'il ne soit convaincu que : a) des décisions subséquentes ont remis en question la validité de cette décision antérieure; b) la décision antérieure ne tenait pas compte d'un précédent faisant autorité ou d'une loi pertinente; c) la décision antérieure a été rendue sans délibéré, c'est-à-dire que le juge a rendu sa décision sans avoir le temps de consulter la jurisprudence. S'il se trouve en présence de l'une de ces circonstances, un juge peut s'écarter de la ligne établie par la décision antérieure, à la condition qu'il expose clairement ses motifs de ce faire et, dans une affaire d'immigration, qu'il permette à la Cour d'appel fédérale de clarifier le droit en certifiant une question. Voir *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590, à la page 591 (B.C.C.A.), et *Ziyadah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 4 C.F. 152 (1^{re} inst.).

[31] It does not appear that the issue as to whether fees were chargeable at all, as opposed to their reasonableness, was ever put before Mr. Justice Muldoon. In my view, *Blank* is not on point.

[32] The other decision to consider is that of the Federal Court of Appeal in *Yeager v. Canada (Correctional Service)*, 2003 FCA 30, [2003] 3 F.C. 107. That case, if on point, is binding on the basis of *stare decisis*. The case is very useful in identifying records which are subject to disclosure. Yeager was carrying out research regarding the Canadian penal system. The data he sought did not exist but could be created. However considerable work, resources and expertise would be involved. There were also privacy and security concerns. The Federal Court of Appeal opined that the records sought were records within the meaning of subsection 4(3) of the Act. However it declared that the records need not be produced as section 3 of the Regulations provides that a record need not be produced if such production would unreasonably interfere with the operation of the government institution in question. The decision does not touch upon fees and so cannot be considered binding in this context.

[33] The Office of the Information Commissioner has been on both sides of this issue at different times. Although the opinions expressed, indeed expressed in annual reports to Parliament, should be carefully considered, they are not binding.

[34] This is a reference to the Court by the Information Commissioner as to the proper interpretation of the Act and Regulations. The Court is called upon to form its own opinion, not to decide whether or not the opinion of the Information Commissioner, then or now, is reasonable, as might well be the case were this a matter of judicial review. There is no decision of the Information Commissioner under review.

[35] Consequently the general principle enounced by the Supreme Court of Canada that deference should

[31] Il ne semble pas que la question de savoir si les droits étaient imposables, par opposition à leur caractère raisonnable, ait été soumise au juge Muldoon. À mon avis, la décision *Blank* est sans rapport avec la question.

[32] L'autre décision qu'il faut prendre en considération est l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Yeager c. Canada (Services correctionnels)*, 2003 CAF 30, [2003] 3 C.F. 107. Cette affaire, si elle est pertinente, a force exécutoire par application du principe du *stare decisis*. Elle est fort utile pour déterminer les documents qui sont susceptibles d'être communiqués. M. Yeager menait des recherches sur le système pénal canadien. Les données qu'il souhaitait obtenir n'existaient pas, mais pouvaient être créées. Cela aurait toutefois exigé un travail, des ressources et une expertise considérables. Il y avait également en jeu des questions de sécurité et d'atteinte à la vie privée. La Cour d'appel fédérale a exprimé l'avis que les documents demandés étaient des documents au sens du paragraphe 4(3) de la Loi. Elle a toutefois déclaré qu'il n'était pas obligatoire de les produire, car l'article 3 du Règlement prescrit qu'il n'est pas nécessaire de produire un document si cela entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l'institution gouvernementale en question. La décision ne traite pas de la question des droits et, dans le présent contexte, on ne peut donc pas considérer qu'elle a force obligatoire.

[33] Le Commissariat à l'information s'est rangé des deux côtés de la question à des moments différents. Il faudrait examiner avec soin les avis exprimés — exprimés en fait dans des rapports annuels au Parlement — mais ils n'ont pas force obligatoire.

[34] Il est question en l'espèce d'un renvoi à la Cour de la part de la commissaire à l'information au sujet de la juste interprétation de la Loi et du Règlement. La Cour est appelée à former sa propre opinion, et non à décider si l'opinion de la commissaire à l'information, dans le passé ou à l'heure actuelle, est raisonnable ou pas, comme cela pourrait fort bien être le cas s'il s'agissait d'un contrôle judiciaire. Il ne s'agit pas d'une décision de la commissaire à l'information qui fait l'objet d'un tel contrôle.

[35] En conséquence, le principe général que la Cour suprême du Canada a énoncé, à savoir qu'il convient de

be given a decision maker interpreting his or her home statute does not apply.

[36] In *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, the Court held that deference was owed to the Information and Privacy Commissioner under Alberta's *Personal Information Protection Act* [S.A. 2003, c. P-6.5]. Mr. Justice Rothstein made it clear that he was addressing the issue of deference to administrative decisions. At paragraph 1 he said:

Through the creation of administrative tribunals, legislatures confer decision-making authority on certain matters to decision makers who are assumed to have specialized expertise with the assigned subject matter. Courts owe deference to administrative decisions within the area of decision-making authority conferred to such tribunals.

He added at paragraph 34:

... it is sufficient in these reasons to say that, unless the situation is exceptional, and we have not seen such a situation since *Dunsmuir*, the interpretation by the tribunal of "its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity" should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review. [My emphasis.]

[37] The reference to *Dunsmuir* above, of course, is a reference to the Supreme Court's landmark decision: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

[38] As part of her duties, the Information Commissioner wrote to various Ministers of the Crown in an effort to persuade them as to the correctness of her office's current point of view. Of particular interest is the reply of the Honourable Tony Clement, President of the Treasury Board, in September 2011. The Commissioner's letter dealt with investigations relating to fees assessed by the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT). He said:

The policy guidance provided by the Treasury Board Secretariat to institutions subject to the *Access to Information*

faire preuve de déférence envers le décideur qui interprète sa loi habilitante, ne s'applique pas.

[36] Dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, la Cour a conclu qu'il y avait lieu de faire preuve de déférence envers le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée sous le régime de la *Personal Information Protection Act* [S.A. 2003, ch. P-6.5] de l'Alberta. Le juge Rothstein a clairement indiqué qu'il traitait de la question de la déférence à l'égard des décisions de nature administrative. Voici ce qu'il a indiqué, au premier paragraphe :

En créant un tribunal administratif, une législature confère à un décideur le pouvoir de rendre des décisions dans un domaine où il est censé posséder une expertise. Une cour de justice doit déférer aux décisions administratives qui ressortissent à ce pouvoir décisionnel.

Et, a-t-il ajouté, au paragraphe 34 :

[...] je me contente d'affirmer que, sauf situation exceptionnelle — et aucune ne s'est présentée depuis *Dunsmuir* —, il convient de présumer que l'interprétation par un tribunal administratif de « sa propre loi constitutive ou [d']une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » est une question d'interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire. [Non souligné dans l'original.]

[37] La référence à l'arrêt *Dunsmuir*, ci-dessus, est un renvoi à l'arrêt de principe de la Cour suprême *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

[38] Dans le cadre de ses fonctions, la commissaire à l'information a écrit à divers ministres fédéraux afin de les convaincre de la justesse du point de vue actuel du Commissariat. La réponse de l'honorable Tony Clement, président du Conseil du Trésor, en septembre 2011, revêt un intérêt particulier. La lettre de la commissaire portait sur des enquêtes relatives aux droits imposés par le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI). Il a indiqué :

[TRADUCTION] La directive que le Secrétariat du Conseil du Trésor a donnée aux institutions assujetties à la *Loi sur l'accès*

Act requires that institutions ensure that applicants are charged fees only for the activities and formats described in section 7 of the *Access to Information Regulations*, and that institutions exercise discretion when applying fees, waivers, reductions or refunds. As such, DFAIT has exercised discretion in accordance with legal and policy requirements.

[39] Other ministers deferred to the Treasury Board. It is not suggested that Mr. Clement's opinion is binding, but it should be carefully considered as the policy has remained unchanged for many years. However, the Federal Court of Appeal held in *David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155, that the correctness standard applies to a minister's interpretation of an enabling statute.

V. The Rules of Statutory Interpretation

[40] The parties all agree on Driedger's "modern" approach to statutory interpretation. As Madam Justice Deschamps said in *Glykis v. Hydro-Québec*, 2004 SCC 60, [2004] 3 S.C.R. 285, at paragraph 5:

The approach to statutory interpretation is well-known (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42). A statutory provision must be read in its entire context, taking into consideration not only the ordinary and grammatical sense of the words, but also the scheme and object of the statute, and the intention of the legislature. This approach to statutory interpretation must also be followed, with necessary adaptations, in interpreting regulations.

[41] This contextual approach to statutory interpretation as opposed to a more literal approach is not particularly new. In *The Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons*, [1881] UKPC 49 (BaiLII), (1881-82), 7 A.C. 96, the Privy Council had to deal with the division of legislative powers found in sections 91 and 92 of what was then *The British North America Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5]]. Sir Montague Smith said, at pages 108 and 109:

à l'information exige que ces dernières veillent à ne facturer des droits aux auteurs des demandes que pour les activités et les formats décrits à l'article 7 du *Règlement sur l'accès à l'information*, et qu'elles fassent preuve de discernement quand elles appliquent des droits, des dispenses, des réductions ou des remboursements. Dans ce contexte, le MAECI a fait preuve de discernement, conformément aux exigences juridiques et de principe.

[39] D'autres ministres ont fait preuve de déférence envers le Conseil du Trésor. Cela ne veut pas dire que l'opinion de M. Clement a force obligatoire, mais il y a lieu de l'examiner avec soin, car la politique n'a pas changé depuis de nombreuses années. La Cour d'appel fédérale a toutefois conclu dans l'arrêt *Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155, que la norme de la décision correcte s'applique à l'interprétation que fait un ministre de sa loi habilitante.

V. Les règles d'interprétation législative

[40] Les parties sont toutes d'accord sur la conception « moderne » de Driedger au sujet de l'interprétation législative. Comme l'a déclaré la juge Deschamps dans l'arrêt *Glykis c. Hydro-Québec*, 2004 CSC 60, [2004] 3 R.C.S. 285, au paragraphe 5 :

La méthode d'interprétation des textes législatifs est bien connue (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42). La disposition législative doit être lue dans son contexte global, en prenant en considération non seulement le sens ordinaire et grammatical des mots mais aussi l'esprit et l'objet de la loi et l'intention du législateur. Cette méthode, énoncée à l'occasion de l'analyse de textes législatifs, s'impose, avec les adaptations nécessaires, pour l'interprétation de textes réglementaires.

[41] Cette méthode contextuelle d'interprétation législative, par opposition à une méthode plus littérale, n'est pas particulièrement nouvelle. Dans la décision *The Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons*, [1881] UKPC 49 (BaiLII), (1881-82), 7 A.C. 96, le Conseil privé avait à examiner le partage des pouvoirs législatifs énoncés aux articles 91 et 92 de ce qui était à l'époque l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, appendice II, n° 5]]. Sir Montague Smith a déclaré, aux pages 108 et 109 :

With regard to certain classes of subjects, therefore, generally described in sect. 91, legislative power may reside as to some matters falling within the general description of these subjects in the legislatures of the provinces. In these cases it is the duty of the Courts, however difficult it may be, to ascertain in what degree, and to what extent, authority to deal with matters falling within these classes of subjects exists in each legislature, and to define in the particular case before them the limits of their respective powers. It could not have been the intention that a conflict should exist; and, in order to prevent such a result, the two sections must be read together, and the language of one interpreted, and, where necessary, modified by that of the other. In this way it may, in most cases, be found possible to arrive at a reasonable and practical construction of the language of the sections, so as to reconcile the respective powers they contain, and give effect to all of them. In performing this difficult duty, it will be a wise course for those on whom it is thrown, to decide each case which arises as best they can, without entering more largely upon an interpretation of the statute than is necessary for the decision of the particular question in hand.

[42] This contextual approach to statutory interpretation is hardly unique to Canada. Just recently in *Yates v. United States*, 574 U.S. ___ (2015), Madam Justice Ginsburg, speaking for the majority, said at page 7:

Whether a statutory term is unambiguous, however, does not turn solely on dictionary definitions of its component words. Rather, “[t]he plainness or ambiguity of statutory language is determined [not only] by reference to the language itself, [but as well by] the specific context in which that language is used, and the broader context of the statute as a whole.” *Robinson v. Shell Oil Co.*, 519 U. S. 337, 341 (1997). See also *Deal v. United States*, 508 U. S. 129, 132 (1993) (it is a “fundamental principle of statutory construction (and, indeed, of language itself) that the meaning of a word cannot be determined in isolation, but must be drawn from the context in which it is used”). Ordinarily, a word’s usage accords with its dictionary definition. In law as in life, however, the same words, placed in different contexts, sometimes mean different things.

[43] Another rule of interpretation invoked relates to bilingual legislation, and the presumption of uniform expression in both versions. If one version is ambiguous and the other is clear then the shared meaning is presumed to be the intended meaning. The parties submit there is no ambiguity. However the Attorney General

[TRADUCTION] Par conséquent, en ce qui a trait à certaines catégories de sujets décrits en termes généraux à l’art. 91, il se peut que la compétence législative sur certains aspects d’un sujet, pris dans son ensemble, appartienne aux législatures provinciales. Chaque fois que cela se produit, et même si la question à trancher est extrêmement compliquée, les tribunaux ont le devoir de déterminer jusqu’à quel point et de quelle façon chaque législature a compétence pour légiférer sur les questions tombant dans ces catégories de sujets et de définir, dans chaque cas précis qui leur est soumis, les limites de leurs pouvoirs respectifs. On n’a certainement pas voulu qu’il y ait conflit; pour empêcher un tel résultat, les deux articles doivent se lire en corrélation, et les termes de l’un interprétés et, lorsque nécessaire, modifiés, par ceux de l’autre. De cette manière, on pourra, dans presque tous les cas, en arriver à une interprétation équitable et pratique des termes de ces articles, de façon à réconcilier les compétences respectives qu’ils contiennent et leur donner plein effet. En accomplissant ce devoir difficile, il serait sage que ceux qui en sont chargés jugent de leur mieux chaque affaire qui se présente, sans pousser l’interprétation de la Loi plus loin que ne l’exige le règlement de la question soumise.

[42] Cette méthode contextuelle d’interprétation législative ne s’applique pas qu’au Canada. Tout récemment, dans l’arrêt *Yates v. United States*, 574 U.S. ___ (2015), la juge Ginsburg, s’exprimant au nom de la majorité, a déclaré (à la page 7) :

[TRADUCTION] Cependant, la question de savoir si une disposition législative est dénuée d’ambiguïté ne dépend pas uniquement des définitions de ses mots constitutifs que donnent les dictionnaires. Au contraire, « on détermine la clarté ou l’ambiguïté d’un texte législatif [non seulement] en se reportant au texte lui-même [mais aussi d’après] le contexte précis dans lequel ce texte est employé, ainsi que le contexte plus général de la loi dans son ensemble. » *Robinson v. Shell Oil Co.*, 519 U.S. 337, 341 (1997). Voir aussi *Deal v. United States*, 508 U.S. 129, 132 (1993) (il est un « principe fondamental de l’interprétation d’une loi (et, à vrai dire, du langage lui-même) que le sens d’un mot ne peut pas être déterminé isolément, mais qu’il doit s’inspirer du contexte dans lequel il est employé »). Habituellement, l’emploi d’un mot concorde avec la définition qu’en donnent les dictionnaires. Toutefois, dans le droit comme dans la vie, des mots identiques, situés dans des contextes différents, veulent parfois dire des choses différentes.

[43] Une autre règle d’interprétation invoquée a trait aux dispositions législatives bilingues, ainsi qu’à la présomption d’une expression uniforme dans les deux versions. Si l’une des versions est ambiguë et l’autre claire, on présume que c’est le sens commun qui est celui qu’on recherche. Les parties soutiennent qu’il n’y

and interveners submit that if there is ambiguity it is in the English version and so it must be read with the French version. Their submission is that a “computerized record” is a record which did not exist at the time the request was made but was thereafter created from a machine readable record. Therefore, a “non-computerized” record within the meaning of subsection 7(2) of the Regulations is any electronic record which is not in itself created from a machine readable record. Put another way, existing emails, Word documents and the like are non-computerized records.

[44] Still another principle relied upon is that statutes are to be read as of the day after they were enacted (*Perka et al. v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at pages 264–266—the doctrine of *contemporanea expositio*).

VI. Analysis

[45] There is a rebuttable presumption that Parliament and the Governor in Council intended to give words their ordinary meaning (*Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84, at paragraphs 29–35). I shall first interpret the Act and the Regulations in that light and then consider whether context gives the words used another meaning.

[46] In my view the change in the definition of “record/document” is a matter of style rather than substance. The original definition was a “for greater Certainty” one, such as found in section 91 of the Constitution [*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]]. The amendment in 2006 was as part of the *Federal Accountability Act* [S.C. 2006, c. 9]. The new definition is neutral and allows for changing technology without having to repeatedly revise the definition.

a aucune ambiguïté. Le procureur général et les intervenantes font toutefois valoir que s’il y a ambiguïté, celle-ci réside dans la version anglaise, et qu’il faut donc la lire de pair avec la version française. Selon leur argument, un « document informatisé » est un document qui n’existait pas à l’époque de la présentation de la demande, mais qui a été créé par la suite à partir d’un document informatisé. C’est donc dire qu’un document qui « n’est pas informatisé », au sens du paragraphe 7(2) du Règlement, est un document électronique qui, en soi, n’est pas créé à partir d’un document informatisé. Autrement dit, les courriels, les documents Word et autres documents du genre existants ne sont pas des documents informatisés.

[44] Un autre principe sur lequel on se fonde aussi est que les termes d’une loi doivent s’interpréter comme ils l’auraient été le lendemain de l’adoption de cette loi (*Perka et al. c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, aux pages 264 à 266 — la doctrine de la *contemporanea expositio*).

VI. L’analyse

[45] Il existe une présomption réfutable selon laquelle le législateur et le gouverneur en conseil envisagent de donner aux mots leur sens ordinaire (*Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84, aux paragraphes 29 à 35). Je vais tout d’abord interpréter la Loi et le Règlement sous cette optique et examiner ensuite si le contexte confère un autre sens aux mots employés.

[46] À mon avis, le changement apporté à la définition d’un « document/record » est une affaire de style plutôt que de fond. La définition initiale était du genre « pour plus de garantie », comme on peut le voir à l’article 91 de la Constitution [*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]]. La modification apportée en 2006 faisait partie de la *Loi fédérale sur la responsabilité* [L.C. 2006, ch. 9]. La nouvelle définition est neutre et prévoit l’évolution de la technologie sans avoir à réviser à répétition la définition.

[47] The Act itself poses no difficulty. Apart from providing that an application fee is not to exceed \$25, Parliament left fees to the Governor in Council. Parliament enabled the Governor in Council to regulate search and preparation fees irrespective of the form of the record, electronic or hard copy, and if in electronic form whether it already existed or had to be created from a machine readable record.

[48] The difficulty lies in interpreting the Regulations. I am at a loss to understand why subsection 7(2) refers to a “non-computerized record” (*[un] document [qui] n’est pas informatisé*) instead of simply referring to a record, as is the case in the Act itself.

[49] Subsection 7(3) must be taken to refer to documents which did not exist at the time of the request, but were subsequently created.

[50] In my view, in ordinary parlance, emails, Word documents and other records in electronic format are computerized records. The regulation is extremely specific with respect to the types of reproduction for which fees may be levied. They have not been updated to cover the production of DVD or USB device forms. In like fashion there is a gap in the search and preparation fees in that they do not cover electronic documents which were not themselves created from a machine readable record.

[51] It may well be that the Governor in Council did not anticipate today’s widespread use of computers in the workplace. However the parties have all admitted that come 1983 Apple, Tandy Radioshack, Atari, IBM and Compac all had personal computers on the market.

[52] I see no ambiguity between the English and French versions of the Act and Regulations. Subsection 7(2) of the Regulations speaks of a “non-computerized record”. There is nothing which would give that term the restricted meaning urged upon me by the Attorney General and the interveners that a “non-computerized

[47] La Loi elle-même ne pose aucune difficulté. À part prévoir qu’un droit de demande ne doit pas excéder la somme de 25 \$, le législateur laisse la question des droits au soin du gouverneur en conseil. Il a permis à ce dernier de réglementer les droits de recherche et de préparation, peu importe la forme que revêt le document, électronique ou imprimé, et, s’il est sous forme électronique, s’il existait déjà ou a dû être créé à partir d’un document informatisé.

[48] C’est dans l’interprétation du Règlement que réside la difficulté. Je ne comprends pas pourquoi le paragraphe 7(2) fait mention d’un « document [qui] n’est pas informatisé » (*a non-computerized record*), plutôt que de faire simplement mention d’un document, comme c’est le cas dans la Loi elle-même.

[49] Il faut considérer que le paragraphe 7(3) se rapporte aux documents qui n’existaient pas à l’époque de la demande, mais qui ont été créés par la suite.

[50] À mon avis, en langage ordinaire, les messages électroniques, les documents Word et les autres documents produits sous forme électronique sont des documents informatisés. Le règlement est extrêmement précis au sujet des types de forme de reproduction pour lesquels des droits peuvent être imposés. Ils n’ont pas été mis à jour pour englober la production de formes de DVD ou de dispositifs USB. Dans le même ordre d’idées, il y a un écart sur le plan des droits de recherche et de préparation, en ce sens qu’ils ne portent pas sur les documents électroniques qui n’ont pas été eux-mêmes créés à partir d’un document informatisé.

[51] Il se peut fort bien que le gouverneur en conseil n’ait pas anticipé que l’on ferait aujourd’hui un usage généralisé des ordinateurs dans les milieux de travail. Cependant, les parties ont toutes admis qu’en 1983, Apple, Tandy Radioshack, Atari, IBM et Compac avaient toutes lancé des ordinateurs personnels sur le marché.

[52] Je ne vois aucune ambiguïté entre les versions française et anglaise de la Loi et du Règlement. Il est question au paragraphe 7(2) du Règlement d’un « document [qui] n’est pas informatisé ». Rien ne conférerait à ce terme le sens restreint que préconisent le procureur général et les intervenantes, à savoir qu’un « document

record” includes any electronic record which did not in itself exist but was created from other records in order to satisfy a demand under subsection 4(3) of the Act.

[53] The Attorney General says that the term “non-computerized record” in English sticks out like a sore thumb as it is not found anywhere else in the federal statutes or regulations. However, it does not follow that the term means something other than what it says.

[54] Whether stored in an internal hard drive, external hard drive or the now obsolete punch cards and floppy disks, such records are machine readable and therefore computerized.

[55] Legislation is promulgated to the public. This Act and these Regulations are addressed to all Canadians. The language cannot be so obscure that one must glean through hundreds of statutes and thousands of regulations in order to arrive at its true meaning.

[56] The Governor in Council was very precise in setting out copying charges. Likewise, the regulation with respect to search and preparation is very precise. There is a gap. However, Parliament made it very clear: no regulation—no fee.

[57] We are now at the stage where context must be considered to ascertain whether the language used must be given an interpretation other than its plain and ordinary meaning.

[58] It is submitted that it is illogical that no fee is payable for search and preparation of electronic records, as most records in the Federal depository are now in that form.

[59] That, indeed, may be so. However, I do not think it is the role of the Court to read a regulation as it ought to be, rather than as it is.

[qui] n’est pas informatisé » inclut tout document électronique qui n’existait pas en soi, mais qui a été créé à partir d’autres documents en vue de répondre à une demande présentée en vertu du paragraphe 4(3) de la Loi.

[53] Le procureur général dit que, en anglais, le terme « *non-computerized record* » détonne, car il n’apparaît à nul autre endroit dans les lois ou les règlements fédéraux. Mais cela ne veut pas dire qu’il a un sens différent de son sens propre.

[54] Qu’ils soient stockés dans un disque dur interne, un disque dur externe ou dans les disquettes ou cartes à perforer aujourd’hui obsolètes, ces documents sont lisibles par machine et donc informatisés.

[55] Une loi est promulguée au public. La Loi et le Règlement dont il est question en l’espèce s’adressent à tous les Canadiens. Le texte ne peut pas être obscur au point que l’on soit tenu de passer en revue des centaines de lois et des milliers de règlements en vue d’en déterminer le sens véritable.

[56] Lorsqu’il a fixé les frais de copie, le gouverneur en conseil a été très précis. Dans le même ordre d’idées, la disposition réglementaire concernant la recherche et la préparation est très précise. Il y a un écart. Cependant, le législateur l’indique très clairement : pas de règlement — pas de droit.

[57] Nous en sommes maintenant au stade où il faut examiner le contexte pour déterminer s’il convient de donner aux termes employés une interprétation autre que leur sens clair et ordinaire.

[58] Il est illogique, allègue-t-on, qu’il n’y ait aucun droit à payer pour la recherche et la préparation de documents électroniques car la plupart des documents que stocke le gouvernement fédéral se présentent aujourd’hui sous cette forme.

[59] Peut-être que oui, j’en conviens. Mais je ne crois pas qu’il appartienne à la Cour de donner à un règlement le sens qu’il devrait avoir, plutôt que celui qu’il a.

[60] The interveners submit that fees can serve as a deterrent, as indeed mentioned by Mr. Justice Muldoon in *Blank*. The Information Commissioner counters that the whole purpose of the Act is to give access to government records, so that if there were any ambiguity, and she insists there is not, one should lean on the side of access.

[61] In his letter referred to above, Minister Clement pointed out that the fees are not calculated on a cost recovery basis. That is not in dispute. However, the purpose of the fees is nowhere stated and so I give this point no weight.

[62] Some of the interveners are ill-equipped to deal with requests, and have budgetary restraints. Search and preparation fees would help their financial situation. However, it is Parliament that placed these government institutions under the Act. If they are underfunded, they should not be looking to the courts for redress.

[63] This reference might be somewhat of a red herring in that the Federal Government has collected fees relating to the search of both hard copies and electronic records in less than one percent of access requests in the last two fiscal years. For instance, in 2012–2013 fees were collected in 306 requests out of a total of 53 993 which works out to only 0.56 percent; 164 files had the fees waived or reimbursed, which the head of government institutions is authorized to do. However, I do not see that this fact is relevant. The issue is not whether fees may be waived, but whether they are impossible. Furthermore, given that the first five hours are free, the statistics have to be somewhat skewed.

[64] Finally, I agree with the Information Commissioner when she says: “Contextual analysis has limits. A Court should not, under the guise of contextual analysis or liberal and purposive interpretation, attribute a meaning

[60] Aux dires des intervenantes, les droits peuvent servir de mesure dissuasive, comme l’a effectivement mentionné le juge Muldoon dans la décision *Blank*. La commissaire à l’information rétorque que l’objet même de la Loi est de donner accès aux documents gouvernementaux, de sorte que s’il existait une ambiguïté quelconque — et elle insiste pour dire qu’il n’y en a pas — il faudrait faire pencher la balance du côté de l’accès.

[61] Dans sa lettre susmentionnée, le ministre Clement a souligné que les droits ne sont pas calculés selon le principe de la récupération des coûts. Cela n’est pas contesté. Cependant, l’objet des droits n’est indiqué nulle part et je n’accorde donc aucun poids à cet argument.

[62] Certaines des intervenantes sont mal équipées pour répondre aux demandes, et sont soumises à des contraintes budgétaires. Des droits de recherche et de préparation aideraient à alléger leur situation financière. Mais c’est le législateur qui a assujéti ces institutions gouvernementales à la Loi. Si elles sont insuffisamment financées, il ne faudrait pas qu’elles s’adressent aux tribunaux pour obtenir réparation.

[63] Le présent renvoi pourrait être une sorte de faux-fuyant, en ce sens qu’au cours des deux derniers exercices le gouvernement fédéral a perçu des droits pour la recherche de documents tant imprimés qu’électroniques dans moins de 1 p. 100 des demandes d’accès. Par exemple, en 2012–2013, des droits ont été recueillis dans le cadre de 306 demandes sur un total de 53 993, ce qui ne représente que 0,56 p. 100 des demandes; dans le cas de 164 dossiers, une dispense de droits a été accordée où ces derniers ont été remboursés, chose que le responsable d’une institution gouvernementale est autorisé à faire. Mais je ne considère pas que ce fait soit pertinent. La question n’est pas de savoir si l’on peut renoncer à percevoir des droits, mais plutôt si ces derniers peuvent être imposés. De plus, comme les cinq premières heures sont gratuites, il est probable que les statistiques soient quelque peu faussées.

[64] Enfin, je suis d’accord avec la commissaire à l’information quand elle dit : [TRADUCTION] « [l’] analyse contextuelle a ses limites. Un tribunal ne peut pas, sous le couvert d’une analyse contextuelle ou d’une

to statutory language that goes beyond what the words of the statute or regulation can reasonably bear. To do so would be to step outside the proper judicial role and enter the role of legislating”. (*Attorney General for Ontario et al. v. Regional Municipality of Peel*, [1979] 2 S.C.R. 1134, at pages 1138–1139). The Regulations were amended in the past and there is nothing to prevent a further amendment now.

[65] There is a hint of Lewis Carroll [*Through the looking-glass and what Alice found there*] in the position of those who oppose the Information Commissioner:

“‘When *I* use a word,’ Humpty Dumpty said in rather a scornful tone, ‘it means just what I choose it to mean—neither more nor less.’

‘The question is,’ said Alice, ‘whether you *can* make words mean so many different things.’

‘The question is,’ said Humpty Dumpty, ‘which is to be master—that’s all.’”

[66] By the end of oral submissions, all parties agreed that the decision should be on a no-costs basis.

[67] Finally, given the importance of the *Access to Information Act*, it could be said that these reasons should be delivered simultaneously in both English and French in accordance with section 20 of the *Official Languages Act* [R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31]. However, the parties all asked that one version be delivered first, in whichever language that might be, rather than having to wait for the translation. The reason is that a delay would be prejudicial to the public interest as there is a backlog of complaints.

JUDGMENT

FOR REASONS GIVEN;

THIS COURT’S JUDGMENT is that:

1. The formal reference is framed as follows:

interprétation libérale et téléologique, donner à une disposition législative un sens qui va au-delà de celui que l’on peut raisonnablement attribuer aux mots de la loi ou du règlement. Agir ainsi reviendrait à s’écarter du rôle qui revient au judiciaire et à adopter celui qui revient au législateur ». (*Procureur général de l’Ontario et autre c. Municipalité régionale de Peel*, [1979] 2 R.C.S. 1134, aux pages 1138 et 1139). Le Règlement a été modifié dans le passé et rien n’empêche aujourd’hui de le faire encore.

[65] Il y a un peu de Lewis Carroll [*Through the looking-glass and what Alice found there*] dans la position de ceux qui s’opposent à la commissaire à l’information :

[TRADUCTION] « “Quand j’emploie un mot” dit Humpty Dumpty avec un certain mépris, “il signifie ce que je veux qu’il signifie, ni plus ni moins.”

“La question est de savoir,” dit Alice, “si vous pouvez faire que les mots signifient tant de choses différentes. ”

“La question est de savoir,” dit Humpty Dumpty, “qui est le maître — c’est tout.” »

[66] À l’issue des plaidoiries, les parties ont toutes convenu que la décision ne devrait faire l’objet d’aucuns dépens.

[67] Enfin, vu l’importance de la *Loi sur l’accès à l’information*, on pourrait dire qu’il faudrait rendre simultanément les présents motifs en français et en anglais, conformément à l’article 20 de la *Loi sur les langues officielles* [L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31]. Cependant, les parties ont toutes demandé que l’on rende une des versions en premier, quelle qu’en soit la langue, plutôt que d’en attendre la traduction. La raison en est qu’un délai pourrait être préjudiciable à l’intérêt public, car il y a un arriéré de plaintes.

JUGEMENT

POUR LES MOTIFS QUI PRÉCÈDENT,

LA COUR ORDONNE :

1. Le texte officiel du renvoi est formulé en ces termes :

Are electronic records non-computerized records for the purpose of the search and preparation fees authorized by subsection 11(2) of the *Access to Information Act* (the Act) and subsection 7(2) of the *Access to Information Regulations* (the Regulations)?

2. The Court's answer is "no".
3. There shall be no order as to costs.

APPENDIX

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1

Fees

11. (1) Subject to this section, a person who makes a request for access to a record under this Act may be required to pay

(a) at the time the request is made, such application fee, not exceeding twenty-five dollars, as may be prescribed by regulation;

(b) before any copies are made, such fee as may be prescribed by regulation reflecting the cost of reproduction calculated in the manner prescribed by regulation; and

(c) before the record is converted into an alternative format or any copies are made in that format, such fee as may be prescribed by regulation reflecting the cost of the medium in which the alternative format is produced.

Additional payment

(2) The head of a government institution to which a request for access to a record is made under this Act may require, in addition to the fee payable under paragraph (1)(a), payment of an amount, calculated in the manner prescribed by regulation, for every hour in excess of five hours that is reasonably required to search for the record or prepare any part of it for disclosure, and may require that the payment be made before access to the record is given.

Les documents électroniques sont-ils des documents qui ne sont pas informatisés en vue de l'application des droits de recherche et de préparation qu'autorisent le paragraphe 11(2) de la *Loi sur l'accès à l'information* (la Loi) et le paragraphe 7(2) du *Règlement sur l'accès à l'information* (le Règlement)?

2. La réponse de la Cour est « non ».
3. Aucune ordonnance n'est rendue quant aux dépens.

ANNEXE

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1

11. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, il peut être exigé que la personne qui fait la demande acquitte les droits suivants :

Frais de communication

a) un versement initial accompagnant la demande et dont le montant, d'un maximum de vingt-cinq dollars, peut être fixé par règlement;

b) un versement prévu par règlement et exigible avant la préparation de copies, correspondant aux frais de reproduction;

c) un versement prévu par règlement, exigible avant le transfert, ou la production de copies, du document sur support de substitution et correspondant au coût du support de substitution.

(2) Le responsable de l'institution fédérale à qui la demande est faite peut en outre exiger, avant de donner communication ou par la suite, le versement d'un montant déterminé par règlement, s'il faut plus de cinq heures pour rechercher le document ou pour en prélever la partie communicable.

Supplément

Where a record is produced from a machine readable record	(3) Where a record requested under this Act is produced as a result of the request from a machine readable record under the control of a government institution, the head of the institution may require payment of an amount calculated in the manner prescribed by regulation.	(3) Dans les cas où le document demandé ne peut être préparé qu'à partir d'un document informatisé qui relève d'une institution fédérale, le responsable de l'institution peut exiger le versement d'un montant déterminé par règlement.	Document issu d'un document informatisé
Deposit	(4) Where the head of a government institution requires payment of an amount under subsection (2) or (3) in respect of a request for a record, the head of the institution may require that a reasonable proportion of that amount be paid as a deposit before the search or production of the record is undertaken or the part of the record is prepared for disclosure.	(4) Dans les cas prévus au paragraphe (2) ou (3), le responsable d'une institution fédérale peut exiger une partie raisonnable du versement additionnel avant que ne soient effectuées la recherche ou la préparation du document ou que la partie communicable n'en soit prélevée.	Acompte
Notice	(5) Where the head of a government institution requires a person to pay an amount under this section, the head of the institution shall (a) give written notice to the person of the amount required; and (b) state in the notice that the person has a right to make a complaint to the Information Commissioner about the amount required.	(5) Dans les cas où sont exigés les versements prévus au présent article, le responsable de l'institution fédérale : a) avise par écrit la personne qui a fait la demande du versement exigible; b) l'informe, par le même avis, qu'elle a le droit de déposer une plainte à ce propos auprès du Commissaire à l'information.	Avis
Waiver	(6) The head of a government institution to which a request for access to a record is made under this Act may waive the requirement to pay a fee or other amount or a part thereof under this section or may refund a fee or other amount or a part thereof paid under this section.	(6) Le responsable de l'institution fédérale peut dispenser en tout ou en partie la personne qui fait la demande du versement des droits ou lui rembourser tout ou partie du montant déjà versé.	Dispense

Access to Information Regulations, SOR/83-507

7. (1) Subject to subsection 11(6) of the Act, a person who makes a request for access to a record shall pay

(a) an application fee of \$5 at the time the request is made;

(b) where applicable, a fee for reproduction of the record or part thereof to be calculated in the following manner:

(i) for photocopying a page with dimensions of not more than 21.5 cm by 35.5 cm, \$0.20 per page,

(ii) for microfiche duplication, non-silver, \$0.40 per fiche,

(iii) for 16 mm microfilm duplication, non-silver, \$12 per 30.5 m roll,

Règlement sur l'accès à l'information, DORS/83-507

7. (1) Sous réserve du paragraphe 11(6) de la Loi, la personne qui présente une demande de communication d'un document doit payer

a) un droit de 5 \$ au moment de présenter la demande;

b) s'il y a lieu, un droit pour la reproduction d'une partie ou de la totalité du document, établi comme suit :

(i) photocopie d'une page dont les dimensions n'excèdent pas 21,5 cm sur 35,5 cm, 0,20 \$ la page,

(ii) reproduction d'une micro-fiche, sans emploi d'argent, 0,40 \$ la fiche,

(iii) reproduction d'un microfilm de 16 mm, sans emploi d'argent, 12 \$ la bobine de 30,5 m,

- | | |
|---|--|
| <p>(iv) for 35 mm microfilm duplication, non-silver, \$14 per 30.5 m roll,</p> <p>(v) for microform to paper duplication, \$0.25 per page, and</p> <p>(vi) for magnetic tape-to-tape duplication, \$25 per 731.5 m reel; and</p> <p>(c) where the record or part thereof is produced in an alternative format, a fee, not to exceed the amount that would be charged for the record under paragraph (b),</p> <p>(i) of \$.05 per page of braille, on paper with dimensions of not more than 21.5 cm by 35.5 cm,</p> <p>(ii) of \$.05 per page of large print, on paper with dimensions of not more than 21.5 cm by 35.5 cm,</p> <p>(iii) of \$2.50 per audiocassette, or</p> <p>(iv) of \$2 per microcomputer diskette.</p> <p>(2) Where the record requested pursuant to subsection (1) is a non-computerized record, the head of the government institution may, in addition to the fee prescribed by paragraph (1)(a), require payment in the amount of \$2.50 per person per quarter hour for every hour in excess of five hours that is spent by any person on search and preparation.</p> <p>(3) Where the record requested pursuant to subsection (1) is produced from a machine readable record, the head of the government institution may, in addition to any other fees, require payment for the cost of production and programming calculated in the following manner:</p> <p>(a) \$16.50 per minute for the cost of the central processor and all locally attached devices; and</p> <p>(b) \$5 per person per quarter hour for time spent on programming a computer.</p> | <p>(iv) reproduction d'un microfilm de 35 mm, sans emploi d'argent, 14 \$ la bobine de 30,5 m,</p> <p>(v) reproduction d'une micro-forme sur papier, 0,25 \$ la page, et</p> <p>(vi) reproduction d'une bande magnétique sur une autre bande, 25 \$ la bobine de 731,5 m;</p> <p>c) s'il y a lieu, un droit pour le support de substitution sur lequel une partie ou la totalité du document est reproduite, ce droit ne dépassant pas celui exigible aux termes de l'alinéa b) pour le même document, établi comme suit :</p> <p>(i) version en braille sur papier d'au plus 21,5 cm sur 35,5 cm, 0,05 \$ la page,</p> <p>(ii) version en gros caractères sur papier d'au plus 21,5 cm sur 35,5 cm, 0,05 \$ la page,</p> <p>(iii) version sur audiocassette, 2,50 \$ l'audiocassette,</p> <p>(iv) version sur disquette de micro-ordinateur, 2 \$ la disquette.</p> <p>(2) Lorsque le document demandé en vertu du paragraphe (1) n'est pas informatisé, le responsable de l'institution fédérale en cause peut, outre les droits prescrits à l'alinéa (1)a), exiger le versement d'un montant de 2,50 \$ la personne par quart d'heure pour chaque heure en sus de cinq passée à la recherche et à la préparation.</p> <p>(3) Lorsque le document demandé conformément au paragraphe (1) est produit à partir d'un document informatisé, le responsable de l'institution fédérale en cause peut, en plus de tout autre droit, exiger le paiement du coût de la production du document et de la programmation, calculé comme suit :</p> <p>a) 16,50 \$ par minute pour l'utilisation de l'unité centrale de traitement et de tous les périphériques connectés sur place; et</p> <p>b) 5 \$ la personne par quart d'heure passé à programmer l'ordinateur.</p> |
|---|--|

A-337-13
2015 FCA 126

A-337-13
2015 CAF 126

Bell Canada, Bell Mobility Inc., MTS Inc., NorthernTel, Limited Partnership, Rogers Communications Partnership, Saskatchewan Telecommunications, Télébec, société en commandite and TELUS Communications Company (*Appellants*)

Bell Canada, Bell Mobilité Inc., MTS Inc., NorthernTel, Limited Partnership, Rogers Communications Partnership, Saskatchewan Telecommunications, Télébec, société en commandite et Société TELUS Communications (*appelantes*)

v.

Amtelecom Limited Partnership, Bragg Communications Inc., Data & Audio-Visual Enterprises Wireless Inc., Globalive Wireless Management Corp., Hay Communications Co-operative Limited, Huron Telecommunications Co-operative Limited, Mornington Communications Co-operative Limited, Nexicom Mobility Inc., Northwestel Inc., People's Tel Limited Partnership, Public Mobile Inc., Quadro Communications Co-operative Inc., Quebecor Media Inc., Sogetel Mobilité Inc., Thunder Bay Telephone, Vaxination Informatique, Consumers' Council of Canada, DiversityCanada Foundation, Media Access Canada, Mouvement Personne D'Abord du Québec, Public Interest Advocacy Centre, Consumers' Association of Canada, Council of Senior Citizens' Organizations of British Columbia, OpenMedia.ca, Service de protection et d'information du consommateur, Union des consommateurs, Canadian Wireless Telecommunications Association, Commissioner for Complaints for Telecommunications Services Inc., Competition Bureau of Canada, Glenn Thibeault, Her Majesty the Queen in Right of Alberta, Government of Manitoba, Government of the Northwest Territories, Her Majesty the Queen in Right of Ontario, Attorney General of Quebec, Government of Yukon, Office of the Privacy Commissioner of Canada, Catherine Middleton, Tamara Shepherd, Leslie Regan Shade, Kim Sawchuk, Barbara Crow, Shaw Telecom Inc., Terry Duncan, Glenn Fullerton, Tana Guindeba, Nasir Khan, Michael Lancione, Allan Munro, Frederick A. Nakos, Rainer Schoenen and Daniel Sokolov (*Respondents*)

c.

Amtelecom Limited Partnership, Bragg Communications Inc., Data & Audio-Visual Enterprises Wireless Inc., Globalive Wireless Management Corp., Hay Communications Co-operative Limited, Huron Telecommunications Co-operative Limited, Mornington Communications Co-operative Limited, Nexicom Mobility Inc., Northwestel Inc., People's Tel Limited Partnership, Public Mobile Inc., Quadro Communications Co-operative Inc., Québecor Média Inc., Sogetel Mobilité Inc., Thunder Bay Telephone, Vaxination Informatique, le Conseil des consommateurs du Canada, DiversityCanada Foundation, Media Access Canada, Mouvement Personne D'Abord du Québec, Centre pour la défense de l'intérêt public, l'Association pour la défense des consommateurs au Canada, The Council of Senior Citizens' Organizations of British Columbia, Openmedia.Ca, Service de protection et d'information du consommateur, l'Union des consommateurs, l'Association canadienne des télécommunications sans fil, le Commissaire aux plaintes relatives aux services de télécommunications, le Bureau de la concurrence du Canada, Glenn Thibeault, Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, le Gouvernement du Manitoba, le Gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario, le Procureur général du Québec, le Gouvernement du Yukon, le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, Catherine Middleton, Tamara Shepherd, Leslie Regan Shade, Kim Sawchuk, Barbara Crow, Shaw Telecom Inc., Terry Duncan, Glenn Fullerton, Tana Guindeba, Nasir Khan, Michael Lancione, Allan Munro, Frederick A. Nakos, Rainer Schoenen et Daniel Sokolov (*intimés*)

INDEXED AS: BELL CANADA v. AMTELECOM LIMITED PARTNERSHIP

Federal Court of Appeal, Noël C.J., Pelletier and Scott J.J.A.—Ottawa, November 12, 2014 and May 19, 2015.

Telecommunications — Appeal from certain provisions of Telecom Regulatory Policy (June 3, 2013), CRTC 2013-271 (Code) issued by Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) for retail mobile wireless voice, data services providers — Code imposing, inter alia, mandatory terms in future contracts — Also applying to all contracts no matter when concluded, as of June 3, 2015 (drop-dead date) — Appellants challenging imposition of drop-dead date, claiming CRTC going beyond jurisdiction to make retrospective rules or to interfere with vested rights — CRTC promulgating Code based on Telecommunications Act, ss. 7, 24 — Whether Code operating retrospectively or affecting vested rights; if Code retrospective, whether CRTC's decision reasonable — Application of Code to contracts concluded before Code coming into effect interference with vested rights, giving Code retrospective application — Consequences of early termination after June 3, 2015 changed for consumer, wireless service provider — Wireless service provider having vested right to revenue stream provided in contract — CRTC's interpretation of s. 24 reasonable — CRTC could not fulfill statutory mandate without implicit power to make rules with retrospective application — CRTC's objectives grounded in Act, Canadian telecommunications policy — Promulgation of Code within CRTC's mandate, Act's policy objectives — Error to assess CTRC's decision solely through lens of early cancellation fees — Code making wireless market more dynamic, in best interests of consumers — Reasonable to have all consumers on same footing — Reasonable for CRTC to consider that s. 24 giving it power to impose Code retrospectively by necessary implication — Appeal dismissed.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Telecom Regulatory Policy (June 3, 2013), CRTC 2013-271 (Code) issued by Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) for retail mobile wireless voice, data services providers — Code applying to

RÉPERTORIÉ : BELL CANADA c. AMTELECOM LIMITED PARTNERSHIP

Cour d'appel fédérale, juge en chef Noël et juges Pelletier et Scott, J.C.A.—Ottawa, 12 novembre 2014 et 19 mai 2015.

Télécommunications — Appel interjeté à l'encontre de certaines dispositions de la Politique réglementaire de Télécom (3 juin 2013) CRTC 2013-271 (le Code) publiée par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) visant les fournisseurs de services vocaux et de données sans fil mobiles de détail — Le Code impose, entre autres, certaines clauses obligatoires dans les contrats futurs — Le Code s'applique également à tous les contrats, peu importe leur date de signature, à compter du 3 juin 2015 (le délai guillotine) — Les appelantes ont contesté l'imposition d'une date guillotine, au motif que le CRTC n'a pas compétence pour adopter des règles à portée rétrospective ou portant atteinte à des droits acquis — Le CRTC a promulgué le Code conformément aux art. 7 et 24 de la Loi sur les télécommunications — Il s'agissait de savoir si le Code s'applique de façon rétrospective ou s'il porte atteinte à des droits acquis et, dans le cas où le Code s'applique de façon rétrospective, si la décision du CRTC était raisonnable — L'application du Code aux contrats conclus avant son entrée en vigueur porte atteinte à des droits acquis et confère au Code une application rétrospective — Les conséquences de la résiliation anticipée après le 3 juin 2015 ont été changées, tant pour le consommateur que pour le fournisseur de services sans fil — Le fournisseur de services sans fil a un droit acquis à l'égard du flux de revenus établi par le contrat — L'interprétation de l'art. 24 par le CRTC était raisonnable — Le CRTC ne pourrait remplir le mandat que lui confère la loi que si le pouvoir d'établir des règles d'application rétrospective est exigé implicitement — Les objectifs du CRTC sont fondés sur la Loi et sur la politique canadienne de télécommunication — L'adoption du Code repose directement sur le mandat du CRTC et sur les objectifs de la politique de la Loi — C'était donc une erreur d'examiner la décision du CTRC uniquement sous l'angle des frais de résiliation anticipée — L'entrée en vigueur du Code devrait rendre le marché des services sans fil plus dynamique, dans l'intérêt des consommateurs — Il est raisonnable pour le CRTC de placer tous les consommateurs sur le même pied — Le CRTC peut raisonnablement conclure que l'art. 24, de façon implicite, lui confère le pouvoir d'imposer la mise en œuvre rétrospective du Code — Appel rejeté.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — La Politique réglementaire de Télécom (3 juin 2013) CRTC 2013-271 (le Code) a été publiée par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) visant les fournisseurs de services vocaux

all contracts no matter when concluded, as of June 3, 2015 (drop-dead date) — Appellants challenging imposition of drop-dead date, claiming CRTC going beyond jurisdiction to make retrospective rules or to interfere with vested rights — CRTC promulgating Code based on Telecommunications Act, ss. 7, 24 — What is standard of review of CRTC's decision? — Whether Telecommunications Act authorizing CRTC to make rulings with retrospective effect or which interfere with vested rights — CRTC not explicitly addressing this issue — Where reasonable basis for decision apparent to reviewing court, decision should be upheld as reasonable — However, inappropriate to find no reasonable basis for tribunal's decision without giving it opportunity to provide one — Fairness requiring reviewing court to undertake own standard of review analysis — Question whether standard of review of CRTC's interpretation of s. 24, as implemented in drop-dead date clause, correctness or reasonableness — Reasonableness standard presumptively applying — To extent tribunal entitled to deference in interpretation of home statute, equally entitled to deference in its use of statutory interpretation tools — CRTC presumed to have required expertise to resolve question of whether s. 24 authorizing it to promulgate Code with retrospective effect — Presumption of review of CRTC's interpretation of home statute on standard of reasonableness not rebutted.

This was an appeal from certain provisions of *Telecom Regulatory Policy* (June 3, 2013), CRTC 2013-271 (the Code) issued by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) for providers of retail mobile wireless voice and data services.

The Code imposes, *inter alia*, a number of mandatory terms in future contracts between consumers and the appellants. The Code provides that it will take effect on December 2, 2013, and applies to all new or amended wireless service contracts offered from that day forward. However, the Code also stipulates, in the second sentence of paragraph 369, that it will apply to all contracts, no matter when they were concluded, as of June 3, 2015 (the drop-dead date). Should wireless customers take advantage of the Code by cancelling these contracts before their maturity date, the appellants would be unable to collect early cancellation fees. The appellants challenged the CRTC's imposition of a drop-dead date on the ground that it is beyond the CRTC's jurisdiction to make retrospective rules or to interfere with

et de données sans fil mobiles de détail — Le Code s'applique également à tous les contrats, peu importe leur date de signature, à compter du 3 juin 2015 (le délai guillotine) — Les appelantes ont contesté l'imposition d'une date guillotine, au motif que le CRTC n'a pas compétence pour adopter des règles à portée rétrospective ou portant atteinte à des droits acquis — Le CRTC a promulgué le Code conformément aux art. 7 et 24 de la Loi sur les télécommunications — Quelle est la norme de contrôle applicable à la décision du CRTC? — Il s'agissait de savoir si la Loi sur les télécommunications autorise le CRTC à rendre des décisions ayant un effet rétrospectif ou portant atteinte à des droits acquis — Le CRTC n'a pas explicitement traité de cette question — Lorsque la décision a un fondement raisonnable manifeste, la cour de révision devrait simplement la déclarer raisonnable et la confirmer — Cependant, il ne convient généralement pas de conclure à l'absence d'assise raisonnable sans offrir d'abord au tribunal la possibilité d'en fournir une — L'équité envers les parties exige que la cour de révision effectue sa propre analyse relative à la norme de contrôle — Il s'agissait de savoir si la norme de contrôle applicable à l'interprétation par le CRTC de l'art. 24 de la Loi, tel qu'il a été appliqué dans la clause relative au délai guillotine, était la norme de la décision correcte ou de la décision raisonnable — La norme de la décision raisonnable est présumée s'appliquer — Si un tribunal a droit à la déférence dans l'interprétation de sa loi constitutive, il doit également avoir droit à la déférence dans la façon dont il emploie les outils d'interprétation législative — Le CRTC est présumé posséder l'expertise requise pour résoudre la question de savoir si l'art. 24 l'autorise à adopter un code ayant un effet rétrospectif — La présomption selon laquelle la norme de la décision raisonnable s'applique à l'interprétation par le CRTC de sa loi constitutive n'a pas été réfutée.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre de certaines dispositions de la *Politique réglementaire de Télécom* (3 juin 2013) CRTC 2013-271 (le Code) publiée par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) visant les fournisseurs de services vocaux et de données sans fil mobiles de détail.

Le Code impose, entre autres, certaines clauses obligatoires dans les contrats qui seront conclus entre les consommateurs et les appelantes. Le Code prévoit qu'il entrera en vigueur le 2 décembre 2013 et qu'il s'appliquera à tout nouveau contrat de service sans fil et à tout contrat modifié à partir de cette date. Cependant, le Code prévoit également, dans la deuxième phrase du paragraphe 369, qu'il s'appliquera à tous les contrats, peu importe leur date de signature, à compter du 3 juin 2015 (le délai guillotine). Si les consommateurs de services sans fil profitent des dispositions du Code en résiliant ces contrats avant leur date d'expiration, les appelantes seront incapables de percevoir les frais de résiliation anticipée. Les appelantes ont contesté l'imposition, par le CRTC, d'une date guillotine, au motif que le CRTC n'a pas compétence pour

vested rights. The CRTC found its power to promulgate a code of conduct for wireless service providers in section 24 of the *Telecommunications Act* and in the objectives of Canada's telecommunications policy, as articulated in paragraphs 7(a), (b), (f), and (h) of the Act.

The issues were whether the Code operates retrospectively or affects vested rights; if so, what is the standard of review of the CRTC's decision to make such an order; and, if it is the case that the second sentence of paragraph 369 of the Code gives retrospective effect, whether the CRTC's decision to give it that effect was reasonable.

Held, the appeal should be dismissed.

The application of the Code to contracts concluded before the Code came into effect is an interference with vested rights and gives the Code retrospective application. The question was whether the second sentence of paragraph 369 operates retrospectively by attaching new consequences to an event that took place before the Code was enacted. With the passage of the Code, the consequences of early termination after June 3, 2015, have been changed for both the consumer and the wireless service provider. The consumer is relieved from an obligation which he would otherwise have had in the event of early cancellation and the wireless service provider is deprived of a remedy it would otherwise have had in the event of early cancellation. The present consequences of a past act are changed by the application of the Code to contracts concluded before the Code came into force. As for the question of interference with vested rights, the respondents' argument that payment of early cancellation fees is contingent upon early cancellation and therefore is not a vested right ignores the reality of the transaction between the consumer and the wireless service provider. Where a wireless service provider offers the consumer a device at a discounted price in return for the consumer entering into a contract of a given length, it has a vested right to the revenue stream provided in the contract, including the portion attributable to repayment of the device subsidy. To the extent that early cancellation charges are simply the accelerated repayment of a portion of the contract amount, they are simply a different mode of discharging a present obligation.

In regard to the standard of review, the question was whether the Act authorizes the CRTC to make rulings with retrospective effect or which interfere with vested rights. The CRTC did not explicitly address this issue. It was not an option to remit the matter to the CRTC to allow it to give reasons which could then form the basis of a reasonableness

adopter des règles à portée rétrospective ou portant atteinte à des droits acquis. Le CRTC a tiré son pouvoir de promulguer un code de conduite pour les fournisseurs de services sans fil de l'article 24 de la *Loi sur les télécommunications* (la Loi) et des objectifs énoncés dans la politique canadienne de télécommunication, tels qu'ils sont formulés aux alinéas 7a), b), f), et h) de la Loi.

Il s'agissait de savoir si le Code s'applique de façon rétrospective ou s'il porte atteinte à des droits acquis; le cas échéant, quelle est la norme de contrôle applicable à la décision du CRTC de rendre une telle ordonnance; et si la deuxième phrase du paragraphe 369 du Code confère bel et bien un effet rétrospectif au Code, la décision du CRTC de lui donner un tel effet était-elle raisonnable?

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

L'application du Code aux contrats conclus avant son entrée en vigueur porte atteinte à des droits acquis et confère au Code une application rétrospective. La question à trancher était de savoir si la deuxième phrase du paragraphe 369 s'applique de façon rétrospective en attachant de nouvelles conséquences à l'égard d'un événement qui a eu lieu avant l'adoption du Code. L'adoption du Code a changé les conséquences de la résiliation anticipée après le 3 juin 2015, tant pour le consommateur que pour le fournisseur de services sans fil. Le consommateur est dégagé d'une obligation qu'il aurait autrement dû assumer en cas de résiliation anticipée et le fournisseur de services sans fil est privé d'un recours dont il aurait pu autrement se prévaloir en cas de résiliation anticipée. Les conséquences actuelles d'un acte passé sont modifiées par l'application du Code aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur du Code. Quant à la question de l'atteinte aux droits acquis, les intimés font valoir que le paiement des frais de résiliation anticipée dépend de la résiliation anticipée et qu'il ne s'agit donc pas d'un droit acquis. Cet argument ne tient pas compte de la réalité de la transaction entre le consommateur et le fournisseur de services sans fil. Lorsqu'un fournisseur de services sans fil offre au consommateur un appareil à prix réduit en contrepartie de la conclusion d'un contrat à durée déterminée, ce fournisseur a un droit acquis à l'égard du flux de revenus prévu dans le contrat, y compris de la partie attribuable au remboursement de la subvention de l'appareil. Si les frais de résiliation anticipée constituent simplement le remboursement accéléré d'une partie du montant du contrat, ils ne sont qu'une façon différente de se décharger d'une obligation existante.

En ce qui a trait à la norme de contrôle judiciaire, la question à trancher était de savoir si la Loi autorise le CRTC à rendre des décisions ayant un effet rétrospectif ou portant atteinte à des droits acquis. Le CRTC n'a pas expressément traité de cette question. Cela n'était pas possible en l'espèce de renvoyer la question au CRTC pour qu'il puisse donner des

analysis. Where a reasonable basis for the decision is apparent to the reviewing court, the decision should simply be upheld as reasonable. However, it will generally be inappropriate to find that there is no reasonable basis for the tribunal's decision without giving it an opportunity to provide one. Fairness requires that the reviewing court undertake its own standard of review analysis and, if it concludes that the applicable standard is reasonableness, assess the reasonableness of the decision. The question then was whether the standard of review of the CRTC's interpretation of section 24 of the Act, as implemented in the second sentence of paragraph 369, was correctness or reasonableness. Since the interpretation of the Act, and in particular section 24 is a question of law, the reasonableness standard presumptively applies. To the extent that a tribunal is entitled to deference in the interpretation of its home statute, it must equally be entitled to deference in the use which it makes of the tools of statutory interpretation. It would be illogical to find that while a tribunal's interpretation of its home statute was presumptively entitled to deference, its use of the rules of interpretation, or its treatment of rebuttable presumptions, was to be assessed on the standard of correctness. This would simply be a back door application of the correctness standard. The notion of a tribunal's specialized expertise has evolved to include the exercise of "interpretative discretion" so that the CRTC is presumed to have the required expertise to resolve the question of whether section 24 authorizes it to promulgate a Code with retrospective effect. The presumption of review of the CRTC's interpretation of its home statute on the standard of reasonableness was not rebutted by the appellants.

The CRTC's implicit interpretation of section 24 to the effect that it has the right to make the Code applicable to contracts concluded before the Code came into effect was reasonable. Since section 24 does not explicitly authorize the CRTC to make rules with retrospective application, it can only do so if that power must arise by necessary implication because without such a power, it could not fulfill its statutory mandate. The Code implements several of the policy objectives of the Act. To that extent, the CRTC's objectives are grounded in the Act and in the Canadian telecommunications policy. This is an important factor in ensuring that the CRTC's position is not simply "saying it's so makes it so". As a result, the promulgation of the Code as a whole was a matter squarely within the CRTC's mandate and within the Act's policy objectives. While this dispute centered on the effect of the implementation of the Code on early cancellation charges, it was the Code as a whole that was implemented. It was therefore an error to assess the CRTC's decision solely through the lens of early cancellation fees. The coming into force of the

motifs, lesquels pouvaient alors constituer le fondement d'une analyse du caractère raisonnable. Lorsque la décision a un fondement raisonnable manifeste, la cour de révision devrait simplement la déclarer raisonnable et la confirmer. Cependant, il ne convient généralement pas de conclure à l'absence d'assise raisonnable sans offrir d'abord au tribunal la possibilité d'en fournir une. L'équité envers les parties exige que la cour de révision effectue sa propre analyse relative à la norme de contrôle et, si elle conclut que la norme applicable est celle de la décision raisonnable, qu'elle apprécie le caractère raisonnable de la décision. La question qui se posait était donc de savoir si la norme de contrôle applicable à l'interprétation par le CRTC de l'article 24 de la Loi, tel qu'il a été appliqué à la deuxième phrase du paragraphe 369, était la norme de la décision correcte ou de la décision raisonnable. Comme l'interprétation de la Loi, et en particulier de l'article 24, est une question de droit, la norme de la décision raisonnable est présumée s'appliquer. Si un tribunal a droit à la déférence dans l'interprétation de sa loi constitutive, il doit également avoir droit à la déférence dans la façon dont il emploie les outils d'interprétation législative. Il serait illogique de conclure que, bien qu'il existe une présomption selon laquelle il convient de faire preuve de déférence à l'égard de l'interprétation par un tribunal de sa loi constitutive, son emploi des règles d'interprétation, ou son traitement des présomptions réfutables, devait être examiné en fonction de la norme de la décision correcte. Cela constituerait simplement une application indirecte de la norme de la décision correcte. La notion d'expertise d'un tribunal a évolué pour englober le « pouvoir discrétionnaire d'interprétation », de sorte que le CRTC est présumé posséder l'expertise requise pour résoudre la question de savoir si l'article 24 l'autorise à adopter un code ayant un effet rétrospectif. La présomption selon laquelle la norme de la décision raisonnable s'applique à l'interprétation par le CRTC de sa loi constitutive n'a pas été réfutée par les appelantes.

L'interprétation implicite de l'article 24 par le CRTC, selon laquelle il a le droit d'appliquer le Code aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur du Code, était raisonnable. Étant donné que les parties reconnaissent que l'article 24 n'autorise pas explicitement le CRTC à établir des règles d'application rétrospective, celui-ci ne peut le faire que si ce pouvoir est exigé implicitement, car sans ce pouvoir, il ne pourrait remplir le mandat que lui confère la loi. Le Code met en œuvre plusieurs objectifs des politiques énoncés dans la Loi. À ce titre, les objectifs du CRTC sont fondés sur la Loi et sur la politique canadienne de télécommunication. Ce facteur est important pour veiller à ce que la position du CRTC ne soit pas simplement celle selon laquelle « y croire en fait une réalité ». Par conséquent, l'adoption du Code dans son intégralité reposait directement sur le mandat du CRTC et sur les objectifs de la politique de la Loi. Bien que le présent litige ait porté principalement sur l'effet de la mise en œuvre du Code sur les frais de résiliation anticipée, cette mise en œuvre s'appliquait au Code dans son intégralité. C'était donc une erreur

Code should make the market for wireless services more dynamic as consumers make better informed choices at more frequent intervals. It was not unreasonable to conclude that achieving this state of affairs was in the best interests of consumers. It follows that the Code should be implemented as soon as practicable. Given the CRTC's intention to put more information into the hands of consumers to increase the dynamism of the market, it was reasonable to have all consumers on the same footing as soon as possible. From the point of view of the regulation of the retail market in voice and data wireless services, the CRTC could reasonably consider that section 24, by necessary implication, gave it the power to impose the Code retrospectively.

d'examiner la décision du CRTC uniquement sous l'angle des frais de résiliation anticipée. L'entrée en vigueur du Code devrait rendre le marché des services sans fil plus dynamique, puisque les consommateurs seront en mesure de faire des choix mieux éclairés à des intervalles plus rapprochés. Il n'était pas déraisonnable de conclure que le fait de permettre cette situation était effectivement dans l'intérêt des consommateurs. Il faut en déduire que le Code devrait donc être mis en œuvre le plus tôt possible. Compte tenu de l'intention du CRTC de mettre davantage d'information à la disposition des consommateurs en vue de rendre le marché plus dynamique, il était raisonnable de placer tous les consommateurs sur le même pied le plus tôt possible. Du point de vue de la réglementation du marché de détail des services vocaux et de données sans fil, le CRTC pouvait raisonnablement conclure que l'article 24, de façon implicite, lui conférerait le pouvoir d'imposer la mise en œuvre rétrospective du Code.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, R.S.C., 1985, c. C-22.
Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, ss. 7(a),(b),(f), (h), 24, 27, 34.

CASES CITED

APPLIED:

Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; *Spooner Oils Ltd. et al. v. Turner Valley Gas Conservation Board (The)*, [1933] S.C.R. 629; *Dikranian v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 73, [2005] 3 S.C.R. 530.

DISTINGUISHED:

Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283.

CONSIDERED:

Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division "Éconogros" v. Collin, 2004 SCC 59, [2004] 3 S.C.R. 257; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, L.R.C. (1985), ch. C-22.
Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 7a),b),f),h), 24, 27, 34.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; *Spooner Oils Ltd. et al. v. Turner Valley Gas Conservation Board (The)*, [1933] R.C.S. 629; *Dikranian c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 73, [2005] 3 R.C.S. 530.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division « Éconogros » c. Collin, 2004 CSC 59, [2004] 3 R.C.S. 257; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62,

62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Petro-Canada v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, 2009 BCCA 396, 98 B.C.L.R. (4th) 1; *Edmonton (City) v. 360Networks Canada Ltd.*, 2007 FCA 106, [2007] 4 F.C.R. 747; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895.

REFERRED TO:

Telecom Decision (October 11, 2012), CRTC 2012-556, online : <<http://www.crtc.gc.ca/eng/archive/2012/2012-556.pdf>>; *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, 2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476; *Wheatland County v. Shaw Cablesystems Limited*, 2009 FCA 291, 394 N.R. 323; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339.

AUTHORS CITED

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Broadcasting Regulatory Policy* (August 24, 2011), CRTC 2011-522, online: <<http://www.crtc.gc.ca/eng/archive/2011/2011-522.pdf>>.
Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. Report. « General Authorizations for Broadcasting Distribution Undertakings », 2011, online: <<http://www.crtc.gc.ca/eng/publications/distga.htm>>.
Driedger, E. A. "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from certain provisions of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission's (CRTC) regulatory policy (*Telecom Regulatory Policy* (June 3, 2013), CRTC 2013-271, online: <<http://www.crtc.gc.ca/eng/archive/2013/2013-271.pdf>>) for providers of retail mobile wireless voice and data services. Appeal dismissed.

APPEARANCES

John Laskin and *Myriam Seers* for appellants.
Daniel Roussy and *Peter McCallum* for respondent
Canadian Radio-television and Telecommunications Commission.
David Fewer and *Tamir Israel* for respondents Open Media Engagement Network (OpenMedia.ca).

[2011] 3 R.C.S. 708; *Petro-Canada v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, 2009 BCCA 396, 98 B.C.L.R. (4th) 1; *Edmonton (Ville) c. 360Networks Canada Ltd.*, 2007 CAF 106, [2007] 4 R.C.F. 747; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895.

DÉCISIONS CITÉES :

Décision de télécom (11 octobre 2012), CRTC 2012-556, en ligne : <<http://www.crtc.gc.ca/fra/archive/2012/2012-556.pdf>>; *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476; *Wheatland (Comté) c. Shaw Cablesystems Limited*, 2009 CAF 291; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339.

DOCTRINE CITÉE

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Politique réglementaire de radiodiffusion* (24 août 2011), CRTC 2011-522, en ligne : <<http://www.crtc.gc.ca/fra/archive/2011/2011-522.pdf>>.
Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. Rapport. « Autorisations générales pour les entreprises de distribution de radiodiffusion », 2011, en ligne : <<http://www.crtc.gc.ca/fra/publications/distga.htm>>.
Driedger, E. A. « Statutes : Retroactive Retrospective Reflections » (1978), 56 *R. du B. can.* 264.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. Markham (Ont.) : LexisNexis, 2014.

APPEL interjeté à l'encontre de certaines dispositions de la Politique réglementaire du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) (*Politique réglementaire de télécom* (3 juin 2013) CRTC 2013-271, en ligne : <<http://www.crtc.gc.ca/fra/archive/2013/2013-271.pdf>>) visant les fournisseurs de services vocaux et de données sans fil mobiles de détail. Appel rejeté.

ONT COMPARU

John Laskin et *Myriam Seers* pour les appelantes.
Daniel Roussy et *Peter McCallum* pour l'intimé
le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.
David Fewer et *Tamir Israel* pour l'intimée Open Media Engagement Network (OpenMedia.ca).

John Tyhurst and Sarah Sherhols for intervener
Attorney General of Canada.

John Tyhurst et Sarah Sherhols pour l'intervenant
le Procureur général du Canada.

SOLICITORS OF RECORD

Torys LLP, Toronto, for appellants.
Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, Gatineau, Quebec, for respondent
Canadian Radio-television and Telecommunications
Commission.
*Canadian Internet Policy and Public Interest
Clinic*, Ottawa, for respondent Open Media
Engagement Network (OpenMedia.ca).
Deputy Attorney General of Canada, for intervener
Attorney General of Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Torys LLP, Toronto, pour les appelants.
*Conseil de la radiodiffusion et des télécom-
munications canadiennes*, Gatineau (Québec) pour
l'intimé le Conseil de la radiodiffusion et des
télécommunications canadiennes.
*Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet
du Canada*, Ottawa, pour l'intimée Open Media
Engagement Network (OpenMedia.ca).
Le sous-procureur général du Canada pour
l'intervenant le procureur général du Canada.

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

Voici les motifs du jugement rendu en français par

[1] PELLETIER J.A.: On June 3, 2013, the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) issued *Telecom Regulatory Policy* (June 3, 2013), CRTC 2013-271 (the Wireless Code or the Code) which it described [at paragraph 1] as “a mandatory code of conduct for all providers of retail mobile wireless voice and data services”. The Code dealt with a number of consumer concerns with respect to wireless services including the opacity of wireless service contracts, excessive charges for data overages and data roaming, and early cancellation charges. The Code imposes a number of mandatory terms in future contracts between consumers and the appellants.

[1] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Le 3 juin 2013, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) a publié la *Politique réglementaire de télécom* (3 juin 2013), CRTC 2013-271 (le Code sur les services sans fil ou le Code), qu'il a décrite comme étant un [au paragraphe 1] « code de conduite obligatoire visant tous les fournisseurs de services vocaux et de données sans fil mobiles de détail ». Le Code traitait d'un certain nombre de préoccupations des consommateurs en ce qui a trait aux services sans fil, y compris l'opacité des contrats de services sans fil, les frais excessifs d'utilisation excédentaire de données et d'itinérance ainsi que les frais de résiliation anticipée. Le Code impose certaines clauses obligatoires dans les contrats qui seront conclus entre les consommateurs et les appelantes.

[2] The aspect of the Code which gives rise to the present appeal is the coming into force of these provisions. The Code provides that it will take effect on December 2, 2013, and will apply to all new or amended wireless service contracts offered from that day forward. However, and herein lies the rub, the Code goes on to stipulate that it will apply to all contracts, no matter when they were concluded, as of June 3, 2015 (the drop-dead date).

[2] L'aspect du Code qui a donné lieu au présent appel est l'entrée en vigueur des dispositions portant sur ce qui précède. Le Code prévoit qu'il entrera en vigueur le 2 décembre 2013 et qu'il s'appliquera à tout nouveau contrat de services sans fil et à tout contrat modifié à partir de cette date. Cependant, et c'est là que le bât blesse, le Code prévoit par la suite qu'il s'appliquera à tous les contrats, peu importe leur date de signature, à compter du 3 juin 2015 (le délai guillotine).

[3] The drop-dead date is a problem because there are a large number of three-year contracts which will not have matured by June 3, 2015. Should wireless customers take advantage of the Code by cancelling these contracts before their maturity date, the appellants (the wireless service providers) will be unable to collect early cancellation fees on those contracts even though they may not have fully recovered any incentives offered to consumers to enter into those contracts, incentives which usually took the form of discounted equipment prices.

[4] A number of the affected wireless service providers (i.e. cell phone companies) have challenged the CRTC's imposition of a drop-dead date on the ground that it is beyond the CRTC's jurisdiction to make retrospective rules or to interfere with vested rights.

[5] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal with costs.

I. LEGAL AND FACTUAL MATRIX

[6] The CRTC is a creation of the *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, R.S.C., 1985, c. C-22. The powers of the CRTC are set out in various pieces of legislation, including the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38 (the Act). Broadly speaking, it is charged with the regulation of the telecommunications industry in Canada. Pursuant to section 34 of the Act, the CRTC has the power to refrain from the exercise of its regulatory mandate in relation to a telecommunications service or a class of service "where the Commission finds as a question of fact that to refrain would be consistent with the Canadian telecommunications policy objectives." Historically, the CRTC has chosen not to regulate the wireless communications industry.

[7] In 2012, the CRTC undertook a public consultation to determine if conditions in the wireless industry had changed so that its policy of forbearance should be reviewed. Following that consultation, it concluded that

[3] Le délai guillotine pose problème, en raison de la quantité importante de contrats de trois ans qui n'auront pas expiré en date du 3 juin 2015. Si les consommateurs de services sans fil profitent des dispositions du Code en résiliant ces contrats avant leur date d'expiration, les appelantes (les fournisseurs de services sans fil) seront incapables de percevoir les frais de résiliation anticipée prévus par ces contrats, et ce, même si elles n'ont peut-être pas pleinement récupéré les mesures incitatives offertes aux consommateurs pour que ceux-ci concluent ces contrats, mesures qui prenaient habituellement la forme de remises sur les prix des appareils.

[4] Un certain nombre de fournisseurs de services sans fil concernés (c.-à-d., les sociétés de téléphonie mobile) ont contesté l'imposition, par le CRTC, d'une date guillotine, au motif que le CRTC n'a pas compétence pour adopter des règles à portée rétrospective ou portant atteinte à des droits acquis.

[5] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter l'appel, avec dépens.

I. LA MATRICE JURIDIQUE ET FACTUELLE

[6] Le CRTC est une création de la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-22. Les pouvoirs du CRTC sont prévus dans plusieurs textes de loi, notamment la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38 (la Loi). De manière générale, le CRTC est chargé de réglementer l'industrie des télécommunications au Canada. Conformément à l'article 34 de la Loi, le CRTC a le pouvoir de s'abstenir d'exercer ses pouvoirs et fonctions de réglementation à l'égard des services ou catégories de services « dans les cas où il conclut, comme question de fait, que son abstention serait compatible avec la mise en œuvre de la politique canadienne de télécommunication ». Traditionnellement, le CRTC a choisi de ne pas réglementer l'industrie des communications sans fil.

[7] En 2012, le CRTC a entrepris une consultation publique afin de déterminer si les conditions dans l'industrie des services sans fil avaient changé de sorte qu'il devrait réexaminer sa politique d'abstention. À la suite

it need not embark upon regulation of wireless rates but that, in response to broad consumer dissatisfaction with various terms of service, it should promulgate a code of conduct for wireless service providers. The CRTC found its power to do so in section 24 of the Act and in the objectives of Canada's telecommunications policy, as articulated in paragraphs 7(a), (b), (f), and (h) of the Act: see *Telecom Decision* (October 11, 2012), CRTC 2012-556, at paragraphs 22–27. The provisions relied upon by the CRTC are reproduced below for ease of reference:

de cette consultation, le CRTC a conclu qu'il n'était pas nécessaire de procéder à la réglementation des tarifs en matière de services sans fil, mais que, compte tenu de l'insatisfaction généralisée des consommateurs à l'égard des diverses modalités de services, il devrait promulguer un code de conduite pour les fournisseurs de services sans fil. Le CRTC a tiré son pouvoir de faire une telle chose de l'article 24 de la Loi et des objectifs énoncés dans la politique canadienne de télécommunication, tels qu'ils sont formulés aux alinéas 7a), b), f), et h) de la Loi : voir *Décision de télécom* (11 octobre 2012), CRTC 2012-556, aux paragraphes 22 à 27. Les dispositions sur lesquelles le CRTC s'est fondé sont reproduites ci-dessous, par souci de commodité :

Conditions
of service

24. The offering and provision of any telecommunications service by a Canadian carrier are subject to any conditions imposed by the Commission or included in a tariff approved by the Commission.

24. L'offre et la fourniture des services de télécommunication par l'entreprise canadienne sont assujetties aux conditions fixées par le Conseil ou contenues dans une tarification approuvée par celui-ci.

Conditions
de
commerciali-
sation

Objectives

7. It is hereby affirmed that telecommunications performs an essential role in the maintenance of Canada's identity and sovereignty and that the Canadian telecommunications policy has as its objectives

7. La présente loi affirme le caractère essentiel des télécommunications pour l'identité et la souveraineté canadiennes; la politique canadienne de télécommunication vise à :

Politique

(a) to facilitate the orderly development throughout Canada of a telecommunications system that serves to safeguard, enrich and strengthen the social and economic fabric of Canada and its regions;

a) favoriser le développement ordonné des télécommunications partout au Canada en un système qui contribue à sauvegarder, enrichir et renforcer la structure sociale et économique du Canada et de ses régions;

(b) to render reliable and affordable telecommunications services of high quality accessible to Canadians in both urban and rural areas in all regions of Canada;

b) permettre l'accès aux Canadiens dans toutes les régions — rurales ou urbaines — du Canada à des services de télécommunication sûrs, abordables et de qualité;

...

[...]

(f) to foster increased reliance on market forces for the provision of telecommunications services and to ensure that regulation, where required, is efficient and effective;

f) favoriser le libre jeu du marché en ce qui concerne la fourniture de services de télécommunication et assurer l'efficacité de la réglementation, dans le cas où celle-ci est nécessaire;

...

[...]

(h) to respond to the economic and social requirements of users of telecommunications services.

h) satisfaire les exigences économiques et sociales des usagers des services de télécommunication.

[8] Following extensive consultations with the public and the industry, the CRTC developed the Wireless Code. It addresses a number of issues but the relevant ones, for our purposes, are early cancellation charges and the coming into force of the Code itself.

[9] The CRTC noted in the Code that consumers considered that three year contracts combined with early cancellation charges made it difficult for them to change wireless service providers and to keep up with technological change. The CRTC concluded that consumers should be able to switch wireless service providers, upgrade devices and take advantage of competitive offers every two years “in order to contribute to a more dynamic wireless marketplace and to enable consumers to take advantage of technological advances”: Wireless Code, at paragraph 216.

[10] The CRTC went on to conclude that the fundamental barrier to consumers taking advantage of competitive offers every two years was not the use of three year contracts but the high early cancellation fees: Wireless Code, at paragraph 217. This led it to conclude that “early cancellation fees must be significantly limited to empower consumers to take advantage of competitive offers and technological advances at least every two years”: Wireless Code, at paragraph 218. The CRTC went on to find that it was appropriate to limit the period over which early cancellation fees would be payable to 24 months which, in the CRTC’s view, would minimize the costs of switching wireless service providers and ultimately result in a more competitive marketplace.

[11] Insofar as the calculation of early cancellation fees is concerned, the CRTC found that the relevant factors were (1) whether a mobile device is offered at a reduced price as part of the contract (“a subsidized device”) and (2) whether the contract is for a fixed term or an indefinite term. When the CRTC’s conclusions

[8] À la suite de longues consultations avec le public et avec l’industrie, le CRTC a élaboré le Code des services sans fil. Ce code traite d’un certain nombre de questions, mais, pour nos besoins, les questions qui nous intéressent sont les frais de résiliation anticipée et l’entrée en vigueur du Code lui-même.

[9] Le CRTC a fait remarquer dans le Code que les consommateurs étaient d’avis que les contrats de trois ans associés à des frais de résiliation anticipée élevés faisaient en sorte qu’il était difficile pour eux de changer de fournisseurs de services sans fil et de profiter des nouveautés technologiques. Le CRTC a conclu que les consommateurs devraient pouvoir changer de fournisseurs de services sans fil, obtenir un appareil plus performant et tirer profit des offres concurrentielles au moins tous les deux ans, « afin de contribuer à un marché des services sans fil plus dynamique et de permettre aux consommateurs de tirer profit des nouveautés technologiques » : voir le Code sur les services sans fil, au paragraphe 216.

[10] Le CRTC a ensuite conclu que le principal obstacle pour les consommateurs qui veulent tirer profit des offres concurrentielles tous les deux ans n’est pas la disponibilité des contrats de trois ans sur le marché, mais plutôt les frais élevés de résiliation anticipée : voir le Code sur les services sans fil, au paragraphe 217. Cela l’a mené à conclure que « les frais de résiliation anticipée doivent être grandement limités afin de permettre aux consommateurs de tirer profit des offres concurrentielles et des nouveautés technologiques au moins tous les deux ans » : voir le Code sur les services sans fil, au paragraphe 218. Le CRTC a ensuite jugé qu’il convenait de limiter à 24 mois la période maximale à laquelle peuvent s’appliquer des frais de résiliation anticipée, de sorte que, selon le CRTC, cela réduira les coûts des consommateurs lorsqu’ils changent de fournisseurs de services sans fil, et en fin de compte, favorisera un marché plus dynamique.

[11] En ce qui concerne le calcul des frais de résiliation anticipée, le CRTC a conclu que les facteurs pertinents étaient les suivants : 1) le fait qu’un appareil mobile soit ou non fourni à un prix réduit dans le cadre du contrat (un appareil subventionné) et 2) la durée du contrat (déterminée ou indéterminée). Lorsqu’on

with respect to early cancellation fees are applied to various combinations of factors (1) and (2), the result is the formula for calculation for early cancellation fees set out at paragraph 234 of the Code, reproduced below for ease of reference:

If a customer cancels a contract before the end of the commitment period, a WSP [wireless service provider] must not charge the customer any fee or penalty other than the early cancellation fee, which must be calculated in the manner set out below:

(i) When a subsidized device is provided as part of the contract

a) for fixed-term contracts: The early cancellation fee must not exceed the value of the device subsidy. The early cancellation fee must be reduced by an equal amount each month, for the *lesser* of 24 months or the total number of months in the contract term, such that the early cancellation fee is reduced to \$0 by the end of the period.

b) for indeterminate contracts: The early cancellation fee must not exceed the value of the device subsidy. The early cancellation fee must be reduced by an equal amount each month, over a maximum of 24 months, such that the early cancellation fee is reduced to \$0 by the end of the period.

(ii) When the contract does not include a subsidized device

a) for fixed-term contracts: The early cancellation fee must not exceed the *lesser* of \$50 or 10 percent of the minimum monthly charge for the remaining months of the contract, up to a maximum of 24 months. The early cancellation fee must be reduced to \$0 by the end of that period.

b) for indeterminate contracts: A WSP must not charge an early cancellation fee. [Bold in original.]

[12] Had the Code provided that these conditions would apply going forward as of a given date, this appeal would not have been taken. But the Code provided that it would apply to all new and amended contracts beginning December 2, 2013, until June 3, 2015, at which point the Code would apply to all contracts, no matter when they were concluded.

applique les conclusions du CRTC concernant les frais de résiliation anticipée aux diverses combinaisons des facteurs 1) et 2), il en résulte la formule de calcul des frais de résiliation anticipée exposée au paragraphe 234 du Code, qui est reproduite ci-dessous par souci de commodité :

Si le client résilie le contrat avant la fin de la période d'engagement, le FSSF [fournisseur de services sans fil] ne doit pas facturer au client des frais ou pénalités autres que les frais de résiliation anticipée. Ces frais doivent être calculés de la manière indiquée ci-dessous :

(i) Si un appareil subventionné a été fourni dans le cadre du contrat

a) Pour les contrats à durée déterminée : Les frais de résiliation anticipée ne doivent pas dépasser la valeur de la subvention de l'appareil. Les frais de résiliation anticipée doivent être réduits par un montant égal chaque mois de manière à atteindre 0 \$ à la fin d'une période équivalente *au moins* entre 24 mois et le nombre total de mois du contrat.

b) Pour les contrats à durée indéterminée : Les frais de résiliation anticipée ne doivent pas dépasser la valeur de la subvention de l'appareil. Les frais de résiliation anticipée doivent être réduits par un montant égal chaque mois au cours d'une période maximale de 24 mois, de manière à atteindre 0 \$ à la fin de la période.

(ii) Si le contrat ne comprend pas d'appareil subventionné

a) Pour les contrats à durée déterminée : Les frais de résiliation anticipée ne doivent pas dépasser *le moins* des montants suivants : 50 \$ ou 10 % du montant des frais mensuels minimaux pour les mois restants du contrat (maximum de 24 mois). Les frais de résiliation anticipée doivent être réduits à 0 \$ à la fin de la période.

b) Pour les contrats à durée indéterminée : Le FSSF ne doit pas imposer de frais de résiliation anticipée. [En caractère gras dans l'original.]

[12] Cet appel n'aurait pas été interjeté si le Code avait prévu que ces conditions seraient applicables de manière prospective à partir d'une date donnée. Toutefois, le Code prévoyait qu'il s'appliquerait à tous les nouveaux contrats et aux contrats modifiés, à compter du 2 décembre 2013 jusqu'au 3 juin 2015, date à partir de laquelle il s'appliquerait à tous les contrats, peu importe leur date de signature.

[13] The CRTC set out its rationale for its conclusions on this point at paragraphs 360–367 of the Code. As this rationale will be examined in detail later in these reasons, it is sufficient, at this point, to summarize its reasoning. The purpose of the Code is to ensure that consumers can make informed choices and thereby make the market more dynamic. The CRTC considered that it was in the best interests of consumers that the Code be implemented as soon as possible and that it was essential that the transition period to full implementation of the Code be as short as possible, having regard to the practical constraints faced by the wireless service providers. The optimum time to make the Code applicable to all contracts is June 3, 2015, which balanced the need for speedy implementation and the costs imposed on the wireless service providers.

[14] The CRTC’s determination on the issue of implementation date is found in paragraphs 368–369 of the Code:

In light of the above, the Commission determines that all aspects of the Wireless Code will take effect on **2 December 2013**.

The Commission finds that where an obligation relates to a specific contractual relationship between a WSP and a customer, the Wireless Code should apply if the contract is entered into, amended, renewed, or extended on or after **2 December 2013**. In addition, in order to ensure that all consumers are covered by the Wireless Code within a reasonable time frame, the Wireless Code should apply to all contracts, no matter when they were entered into, by no later than **3 June 2015**. [Bold characters in original; underlining added.]

[15] Further on in the Code, at paragraph 394, the CRTC specifically directs that wireless service providers provide services to consumers and small businesses according to the terms of the Code, as a condition of providing these services pursuant to section 24 of the Act.

[16] The relief sought in this appeal is that the second sentence of paragraph 369, underlined above, be struck out.

[13] Le CRTC justifie ses conclusions à cet égard aux paragraphes 360 à 367 du Code. Comme cette justification sera examinée en détail plus loin dans les présents motifs, il suffit, à ce stade-ci, d’en résumer le raisonnement. L’objet du Code est de veiller à ce que les consommateurs soient en mesure de faire des choix éclairés dans un marché concurrentiel et de rendre ce marché plus dynamique. Le CRTC a jugé qu’il était dans l’intérêt des consommateurs de mettre en œuvre le Code le plus tôt possible et qu’il était essentiel que la période de transition vers la mise en œuvre intégrale du Code soit aussi courte que possible, compte tenu des contraintes pratiques auxquelles les fournisseurs de services sans fil sont exposés. Le meilleur moment pour rendre le Code applicable à tous les contrats est le 3 juin 2015, ce qui constitue un juste milieu entre la nécessité de mettre le Code en œuvre rapidement et les coûts que celui-ci impose aux fournisseurs de services sans fil.

[14] La décision du CRTC quant à la question de la date de mise en œuvre est exposée aux paragraphes 368 et 369 du Code :

À la lumière de ce qui précède, le Conseil détermine que l’ensemble du Code sur les services sans fil entrera en vigueur le **2 décembre 2013**.

Le Conseil conclut que lorsqu’une obligation portant sur un lien contractuel précis qui existe entre un FSSF [fournisseur de services sans fil] et un client, le Code sur les services sans fil doit s’appliquer au contrat si celui-ci est conclu, modifié, renouvelé ou prolongé le **2 décembre 2013** ou par la suite. De plus, pour faire en sorte que tous les consommateurs bénéficient des mesures de protection prévues au Code sur les services sans fil dans un délai raisonnable, le Code doit s’appliquer à tous les contrats, peu importe leur date de signature, au plus tard le **3 juin 2015**. [Les caractères gras sont dans l’original, le soulignement ajouté.]

[15] Plus loin dans le Code, au paragraphe 394, le CRTC ordonne spécifiquement aux fournisseurs de services sans fil de fournir des services aux particuliers ou aux petites entreprises selon les modalités prévues par le Code, à titre de condition pour fournir ces services, conformément à l’article 24 de la Loi.

[16] Les appelantes recherchent par le présent appel la radiation de la deuxième phrase du paragraphe 369, soulignée ci-dessus.

II. ISSUES

1. Does paragraph 369 of the Code, in particular the second sentence thereof, operate retrospectively or affect vested rights?
2. If so, what is the standard of review of the CRTC's decision to make such an order?
3. Having regard to the standard of review, and if it is the case that the second sentence of paragraph 369 gives the Code retrospective effect, was the CRTC's decision to give it that effect reasonable?
 1. Does paragraph 369 of the Code, in particular the second sentence thereof, operate retrospectively or affect vested rights?

[17] The wireless service providers' case turns on two related questions which are essentially two aspects of the same question. The two questions are whether the CRTC has jurisdiction to make retrospective orders and to make orders which interfere with vested rights. It appears to me that orders which interfere with vested rights must necessarily have retrospective (if not retroactive) effect since the rights were acquired before the orders were made. The question arises because it is alleged that the second sentence of paragraph 369 either has retrospective application or that it interferes with vested rights. The first point which must be addressed is whether this premise is correct, in the sense that the wireless service providers' characterization of the issue is legally sound.

[18] The *locus classicus* of the explanation of the difference between retroactive and retrospective legislation is found in E. A. Driedger, "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264, at pages 268–269, quoted with approval in *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division*

II. LES QUESTIONS EN LITIGE

1. Le paragraphe 369 du Code, plus particulièrement la deuxième phrase de celui-ci, s'applique-t-il de façon rétrospective ou porte-t-il atteinte à des droits acquis?
2. Le cas échéant, quelle est la norme de contrôle applicable à la décision du CRTC de rendre une telle ordonnance?
3. Compte tenu de la norme de contrôle applicable et si la deuxième phrase du paragraphe 369 confère bel et bien un effet rétrospectif au Code, la décision du CRTC de lui donner un tel effet était-elle raisonnable?
 1. Le paragraphe 369 du Code, plus particulièrement la deuxième phrase de celui-ci, s'applique-t-il de façon rétrospective ou porte-t-il atteinte à des droits acquis?

[17] La cause des fournisseurs de services sans fil repose sur deux questions connexes qui constituent essentiellement deux aspects d'une même question. Les deux questions sont à savoir si le CRTC a compétence pour rendre des ordonnances à effet rétrospectif et pour rendre des ordonnances portant atteinte à des droits acquis. Il me semble que les ordonnances qui portent atteinte à des droits acquis doivent nécessairement avoir un effet rétrospectif (sinon, un effet rétroactif), puisque les droits ont été acquis avant le prononcé des ordonnances. La question se pose parce qu'il est allégué que la deuxième phrase du paragraphe 369 s'applique soit de façon rétrospective ou qu'elle porte atteinte à des droits acquis. Le premier point dont il faut traiter est celui de savoir si cet énoncé est correct, c'est-à-dire, si la description de la question par les fournisseurs de services sans fil est juridiquement valide.

[18] L'autorité qui permet d'expliquer la différence entre une loi rétroactive et une loi rétrospective est l'article d'E. A. Driedger, « Statutes : Retroactive Retrospective Reflections » (1978), 56 *R. du B. can.* 264, aux pages 268 et 269, cité avec approbation dans l'arrêt *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division*

“*Éconogros*” v. *Collin*, 2004 SCC 59, [2004] 3 S.C.R. 257, at paragraph 46:

A retroactive statute is one that operates as of a time prior to its enactment. A retrospective statute is one that operates for the future only. It is prospective, but it imposes new results in respect of a past event. A retroactive statute *operates backwards*. A retrospective statute *operates forwards*, but it looks backwards in that it attaches new consequences *for the future* to an event that took place before the statute was enacted. A retroactive statute changes the law from what it was; a retrospective statute changes the law from what it otherwise would be with respect to a prior event. [Italics in original; underlining added.]

[19] In the present case, the question is whether the second sentence of paragraph 369 operates retrospectively by attaching new consequences to an event that took place before the Code was enacted. Prior to the enactment of the Code, a consumer who sought early termination of a service contract which provided for the payment of early cancellation fees would be liable to pay those fees. After the enactment of the Code, the same consumer, subject to the same contract, could, after June 3, 2015, terminate that contract without being liable for early cancellation fees. Thus, with the passage of the Code, the consequences of early termination after June 3, 2015, have been changed for both the consumer and the wireless service provider. The consumer is relieved from an obligation which he would otherwise have had in the event of early cancellation and the wireless service provider is deprived of a remedy it would otherwise have had in the event of early cancellation. The present consequences of a past act are changed by the application of the Code to contracts concluded before the Code came into force.

[20] As for the question of interference with vested rights, the respondents’ argument is that payment of early cancellation fees is contingent upon early cancellation and therefore is not a vested right. That argument ignores the reality of the transaction between the consumer and the wireless service provider. Where a wireless service provider offers the consumer a device at a discounted price in return for the consumer entering into a contract of a given length, it has a vested right to

« *Éconogros* » c. *Collin*, 2004 CSC 59, [2004] 3 R.C.S. 257, au paragraphe 46 :

[TRADUCTION] Une loi rétroactive est une loi qui s’applique à une époque antérieure à son adoption. Une loi rétrospective ne dispose qu’à l’égard de l’avenir. Elle vise l’avenir, mais elle impose de nouvelles conséquences à l’égard d’événements passés. Une loi rétroactive agit à l’égard du passé. Une loi rétrospective agit pour l’avenir, mais elle jette aussi un regard vers le passé en ce sens qu’elle attache de nouvelles conséquences à l’avenir à l’égard d’un événement qui a eu lieu avant l’adoption de la loi. Une loi rétroactive modifie la loi par rapport à ce qu’elle était; une loi [rétrospective] rend la loi différente de ce qu’elle serait autrement à l’égard d’un événement antérieur. [En italique dans l’original; le soulignement ajouté.]

[19] En l’espèce, la question à trancher est de savoir si la deuxième phrase du paragraphe 369 s’applique de façon rétrospective en attachant de nouvelles conséquences à l’égard d’un événement qui a eu lieu avant l’adoption du Code. Avant l’adoption du Code, un consommateur qui cherchait à résilier de façon anticipée un contrat de services qui prévoyait le paiement de frais de résiliation anticipée était tenu de payer ces frais. Avec l’adoption du Code, le même consommateur assujéti au même contrat pourra, après le 3 juin 2015, résilier ce contrat sans être tenu de payer les frais de résiliation anticipée. Ainsi, l’adoption du Code a changé les conséquences de la résiliation anticipée après le 3 juin 2015, tant pour le consommateur que pour le fournisseur de services sans fil. Le consommateur est dégagé d’une obligation qu’il aurait autrement dû assumer en cas de résiliation anticipée et le fournisseur de services sans fil est privé d’un recours dont il aurait pu autrement se prévaloir en cas de résiliation anticipée. Les conséquences actuelles d’un acte passé sont modifiées par l’application du Code aux contrats conclus avant l’entrée en vigueur du Code.

[20] Quant à la question de l’atteinte aux droits acquis, les intimés font valoir que le paiement des frais de résiliation anticipée dépend de la résiliation anticipée et qu’il ne s’agit donc pas d’un droit acquis. Cet argument ne tient pas compte de la réalité de la transaction entre le consommateur et le fournisseur de services sans fil. Lorsqu’un fournisseur de services sans fil offre au consommateur un appareil à prix réduit en contrepartie de la conclusion d’un contrat à durée déterminée, ce

the revenue stream provided in the contract, including the portion attributable to repayment of the device subsidy. It is true that there is an element of contingency in the payment of early cancellation charges since these do not become payable except in the event of early cancellation. But to the extent that early cancellation charges are simply the accelerated repayment of a portion of the contract amount, they are simply a different mode of discharging a present obligation.

[21] The same argument can be made in the case where a consumer receives a lower rate in return for entering into a fixed term contract. The wireless service provider has a vested right to the revenue stream fixed by the contract. To the extent that the early cancellation charge is the accelerated payment of a portion of that revenue stream, it too is simply a different mode of payment of an existing obligation.

[22] As a result, I am of the view that the application of the Code to contracts concluded before the Code came into effect is an interference with vested rights and gives the Code retrospective application.

2. If so, what is the standard of review of the CRTC's decision to make such an order?

[23] The question in issue is whether the Act authorizes the CRTC to make rulings with retrospective effect or which interfere with vested rights?

[24] It is important to note that the CRTC did not explicitly address this issue even though the matter was argued before it and it was provided with a legal opinion which said it did not have the power to make such an order: A.B. [Appeal Book], pages 2342–2349. As a result, this is similar to *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (*Alberta Teachers*), where the issue was an implied decision on a point which had not been argued before the tribunal. This is a case where the tribunal implicitly decided an issue which was argued before it by making the order it did.

fournisseur a un droit acquis à l'égard du flux de revenus prévu dans le contrat, y compris de la partie attribuable au remboursement de la subvention de l'appareil. Le paiement des frais de résiliation anticipée a certes un certain caractère aléatoire, puisque ces frais ne sont exigibles qu'en cas de résiliation anticipée. Toutefois, si les frais de résiliation anticipée constituent simplement le remboursement accéléré d'une partie du montant du contrat, ils ne sont qu'une façon différente de se décharger d'une obligation existante.

[21] Le même argument peut être invoqué dans le cas où un consommateur paie des frais réduits en contrepartie de la conclusion d'un contrat à durée déterminée. Le fournisseur de services sans fil a un droit acquis à l'égard du flux de revenus établi par le contrat. Si les frais de résiliation anticipée constituent le paiement accéléré d'une partie de ce flux de revenus, eux aussi ne sont qu'un mode de paiement différent d'une obligation existante.

[22] Par conséquent, je suis d'avis que l'application du Code aux contrats conclus avant son entrée en vigueur porte atteinte à des droits acquis et confère au Code une application rétrospective.

2. Le cas échéant, quelle est la norme de contrôle applicable à la décision du CRTC de rendre une telle ordonnance?

[23] La question à trancher est de savoir si la Loi autorise le CRTC à rendre des décisions ayant un effet rétrospectif ou portant atteinte à des droits acquis.

[24] Il est important de souligner que le CRTC n'a pas expressément traité de cette question, même si elle a été plaidée devant lui et qu'il a reçu un avis juridique précisant que le CRTC n'avait pas le pouvoir de rendre une telle ordonnance : dossier d'appel, aux pages 2342 à 2349. Par conséquent, cette situation est similaire à celle dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (*Alberta Teachers*), où la question en litige était une décision implicite sur une question qui n'avait pas été plaidée devant le tribunal. Il s'agit d'une affaire où le tribunal a implicitement tranché une question qui

[25] If the standard of review is correctness, the absence of reasons is not an issue because the reviewing court simply provides its own view of the correct decision. That said, the absence of reasons does not allow the reviewing court to default to a correctness standard of review: see *Alberta Teachers*, at paragraph 50. On the other hand, if the standard of review is reasonableness, the question of how reasonableness is to be assessed in the absence of reasons arises.

[26] The Supreme Court's decision in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraphs 47–48, made the tribunal's reasons the centerpiece of the reasonableness analysis. In *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at paragraph 14, the Supreme Court nuanced this position when it held that adequacy of reasons was not a stand-alone ground of review and that "reasons must be read together with the outcome and serve the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes." In *Alberta Teachers*, the Supreme Court, drawing on *Dunsmuir*, held that while reasonableness could be assessed by reference to the reasons "which could be offered in support of a decision" there were limits to this power to supplement a tribunal's reasons: see *Alberta Teachers*, at paragraph 53. Quoting from the British Columbia Court of Appeal's decision in *Petro-Canada v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, 2009 BCCA 396, 98 B.C.L.R. (4th) 1, at paragraphs 53 and 56, the Supreme Court found that a court could not "reformulate a tribunal's decision in a way that casts aside an unreasonable chain of analysis in favour of the court's own rationale for the result": *Alberta Teachers*, at paragraph 54.

[27] How then is a reviewing Court to proceed in circumstances such as this? Generally speaking, the matter should be remitted to the tribunal to allow it to

avait été plaidée devant lui en rendant une ordonnance comme il l'a fait.

[25] Si la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte, l'absence de motifs ne pose pas problème, parce que la cour de révision donne simplement son propre avis quant à la décision qui serait correcte. Cela étant dit, l'absence de motifs ne permet pas à la cour de révision d'appliquer par défaut la norme de contrôle de la décision correcte : voir *Alberta Teachers*, au paragraphe 50. En revanche, si la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable, la question de savoir comment le caractère raisonnable peut être apprécié en l'absence de motifs se pose.

[26] L'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), aux paragraphes 47 et 48, a fait des motifs du tribunal l'élément central de l'analyse du caractère raisonnable. Dans l'arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, au paragraphe 14, la Cour suprême du Canada a nuancé cette position lorsqu'elle a statué que l'insuffisance des motifs ne constitue pas à elle seule un motif justifiant le contrôle et que les « motifs doivent être examinés en corrélation avec le résultat et ils doivent permettre de savoir si ce dernier fait partie des issues possibles ». Dans l'arrêt *Alberta Teachers*, en se fondant sur l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême du Canada a statué que, bien que le caractère raisonnable puisse être apprécié en fonction des motifs « qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision », il y avait des limites à ce pouvoir de compléter les motifs d'un tribunal : voir *Alberta Teachers*, au paragraphe 53. Citant l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Petro-Canada v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, 2009 BCCA 396, 98 B.C.L.R. (4th) 1, aux paragraphes 53 et 56, la Cour suprême du Canada a conclu qu'une cour ne pouvait pas « reformuler la décision en substituant à l'analyse qu'elle juge déraisonnable sa propre justification du résultat » : *Alberta Teachers*, au paragraphe 54.

[27] Comment alors une cour de révision doit-elle procéder dans de telles circonstances? De façon générale, la question doit être renvoyée au tribunal pour qu'il

give reasons which can then form the basis of a reasonableness analysis. However, given the fact that June 3, 2015, is rapidly approaching, that is not an option here. Where a reasonable basis for the decision is apparent to the reviewing court, the decision should simply be upheld as reasonable. However, it will generally be inappropriate to find that there is no reasonable basis for the tribunal's decision without giving it an opportunity to provide one: see *Alberta Teachers*, at paragraph 55. While this is very respectful of a tribunal's jurisdiction, it is cold comfort indeed to the parties, particularly in a case such as this where the point in issue was argued before the tribunal. In such a case, fairness to the parties requires that the reviewing court undertake its own standard of review analysis and, if it concludes that the applicable standard is reasonableness, assess the reasonableness of the decision. This is what I propose to do.

[28] The question then is whether the standard of review of the CRTC's interpretation of section 24 of the Act, as implemented in the second sentence of paragraph 369, is correctness or reasonableness.

[29] The wireless service providers argue that this is either a question of jurisdiction or a question of general importance to the legal system which is outside the CRTC's special expertise. They rely on the authority of this Court's decision in *Edmonton (City) v. 360Networks Canada Ltd.*, 2007 FCA 106, [2007] 4 F.C.R. 747 (*360Networks*). In that case, this Court, citing *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, 2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476, held that the question of whether the CRTC had the legal authority to hear an application about fees to be paid for use of municipal lands was reviewable on the standard of correctness because the question was one of statutory interpretation in relation to a question which was of general importance to the legal system and did not engage the CRTC's specialized expertise. The appellants argue the CRTC has no special expertise in the interpretation of the Act to determine if it has the legal authority to promulgate a Code with retrospective effect.

puisse donner des motifs, lesquels peuvent alors constituer le fondement d'une analyse du caractère raisonnable. Cependant, comme le 3 juin 2015 approche à grands pas, cela n'est pas possible en l'espèce. Lorsque la décision a un fondement raisonnable manifeste, la cour de révision devrait simplement la déclarer raisonnable et la confirmer. Cependant, il ne convient généralement pas de conclure à l'absence d'assise raisonnable sans offrir d'abord au tribunal la possibilité d'en fournir une : voir *Alberta Teachers*, au paragraphe 55. Bien que cela fasse preuve de déférence à l'égard de la compétence d'un tribunal, ce n'est qu'une bien maigre consolation pour les parties, particulièrement dans une affaire comme celle-ci, où la question en litige a été plaidée devant le tribunal. En pareil cas, l'équité envers les parties exige que la cour de révision effectue sa propre analyse relative à la norme de contrôle et, si elle conclut que la norme applicable est celle de la décision raisonnable, qu'elle apprécie le caractère raisonnable de la décision. C'est ce que je me propose de faire.

[28] La question qui se pose est donc de savoir si la norme de contrôle applicable à l'interprétation par le CRTC de l'article 24 de la Loi, tel qu'il a été appliqué à la deuxième phrase du paragraphe 369, est la norme de la décision correcte ou de la décision raisonnable.

[29] Les fournisseurs de services sans fil soutiennent qu'il s'agit d'une question de compétence ou d'une question d'importance générale pour le système juridique qui ne fait pas appel à l'expertise particulière du CRTC. Ils se fondent sur l'arrêt que la Cour a rendu dans l'affaire *Edmonton (Ville) c. 360Networks Canada Ltd.*, 2007 CAF 106, [2007] 4 R.C.F. 747 (*360Networks*). Dans cette affaire, la Cour, citant l'arrêt *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476, a statué que la question de savoir si le CRTC était légalement habilité à statuer sur une demande relative aux frais devant être payés pour l'utilisation des terrains de la municipalité était susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte, parce que la question qui se posait était une question d'interprétation législative qui se rapportait à une question d'importance générale pour le système juridique et qui ne relevait pas des connaissances spécialisées du CRTC. Les appelantes allèguent que le

[30] I note that in *Wheatland County v. Shaw Cablesystems Limited*, 2009 FCA 291, 394 N.R. 323 (*Wheatland*), this Court resiled from the position taken in *360Networks* in light of the later jurisprudence of the Supreme Court in *Dunsmuir and Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339: see *Wheatland*, at paragraphs 52–54.

[31] The current state of the law on this question was recently summarized by the Supreme Court in *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at paragraph 35:

The questions at issue are questions of law arising under the Tribunal's home statute and therefore a standard of reasonableness presumptively applies (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 54; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 28, per Fish J.; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 30).

[32] Since the interpretation of the Act, and in particular section 24 is a question of law, the reasonableness standard presumptively applies. That presumption can be rebutted in a limited number of ways (*Mouvement laïque Québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at paragraphs 46–47):

One case in which it can be rebutted is where a contextual analysis reveals that the legislature clearly intended not to protect the tribunal's jurisdiction in relation to certain matters; the existence of concurrent and non-exclusive jurisdiction on a given point of law is an important factor in this regard (*Tervita*, at paras. 35–36 and 38–39; *McLean*, at para. 22; *Rogers*, at para. 15).

Another such case is where general questions of law are raised that are of importance to the legal system and fall outside the specialized administrative tribunal's area of expertise (*Dunsmuir*, at paras. 55 and 60).

CRTC ne possède pas les connaissances spécialisées en matière d'interprétation de la Loi pour décider s'il a l'autorisation légale de promulguer un code ayant un effet rétroactif.

[30] Je souligne que, dans l'arrêt *Wheatland (Comté) c. Shaw Cablesystems Limited*, 2009 CAF 291 (*Wheatland*), la Cour est revenue sur la position qu'elle avait adoptée dans l'arrêt *360Networks* à la lumière des arrêts ultérieurs de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Dunsmuir et Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 : voir *Wheatland*, aux paragraphes 52 à 54.

[31] La Cour suprême du Canada a récemment résumé l'état actuel du droit sur cette question dans l'arrêt *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, au paragraphe 35 :

Les questions en litige sont des questions de droit qui concernent la loi constitutive du Tribunal. La norme de contrôle de la décision raisonnable est présumée applicable (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 54; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 28, le juge Fish; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 30).

[32] Comme l'interprétation de la Loi, et en particulier de l'article 24, est une question de droit, la norme de la décision raisonnable est présumée s'appliquer. Cette présomption peut être réfutée de quelques façons seulement (*Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, aux paragraphes 46 et 47) :

[...] Ce peut être le cas lorsqu'une analyse contextuelle révèle une intention claire du législateur de ne pas protéger la compétence du tribunal à l'égard de certaines questions; l'existence d'une compétence concurrente et non exclusive sur un même point de droit est un facteur important à considérer à cette fin (*Tervita*, par. 35–36 et 38–39; *McLean*, par. 22; *Rogers*, par. 15).

C'est aussi le cas lorsque se soulève une question de droit générale d'importance pour le système juridique et étrangère au domaine d'expertise du tribunal administratif spécialisé (*Dunsmuir*, par. 55 et 60).

[33] In this case, there is no issue of concurrent and non-exclusive jurisdiction in relation to the interpretation of those provisions of the Act which confer jurisdiction on the CRTC. The only time a court might be called upon to interpret those provisions is in the course of a judicial review of the CRTC's interpretation of those provisions. This is not a case like *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283 (*Rogers*), where the Copyright Board and a superior court "may each have to consider the same legal question at first instance" which leads to the inference that Parliament "was not to recognize superior expertise of the Board relative to the court with respect to such legal questions": *Rogers*, at paragraph 15.

[34] This leaves the issue of whether the question before the CRTC is one of general importance to the legal system which falls outside the CRTC's special expertise. The wireless service providers' position is that "whether a rule-making body has jurisdiction to make rules that interfere with vested rights or that have retrospective effect is of fundamental importance to the legal system": appellant's memorandum of fact and law, at paragraph 46. I think it is more correct to say that the principle of law is that "[t]he general rule is that statutes are not to be construed as having retrospective operation unless such a construction is expressly or by necessary implication required by the language of the Act": *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, at page 279. When the principle is stated in terms of vested rights, it is formulated as follows: "the underlying assumption being that, when Parliament intends prejudicially to affect such rights or such a status, it declares its intention expressly, unless, at all events, that intention is plainly manifested by unavoidable inference": *Spooner Oils Ltd. et al. v. Turner Valley Gas Conservation Board (The)*, [1933] S.C.R. 629, at page 638, quoted with approval in *Dikranian v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 73, [2005] 3 S.C.R. 530, at paragraph 33.

[33] Dans la présente affaire, il n'est pas question de compétence concurrente et non-exclusive relativement à l'interprétation des dispositions de la Loi qui établissent la compétence du CRTC. Une cour ne peut être appelée à interpréter de telles dispositions que lors d'un contrôle judiciaire de l'interprétation de ces dispositions par le CRTC. Il ne s'agit pas d'une affaire comme *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283 (*Rogers*), où la Commission du droit d'auteur et une cour supérieure « peuvent être respectivement appelées à statuer en première instance sur un même point de droit », ce qui permet d'inférer que le législateur « n'a pas voulu reconnaître à la Commission une expertise supérieure à celle de la cour de justice en la matière » : *Rogers*, au paragraphe 15.

[34] Il reste donc à déterminer si la question dont le CRTC est saisi revêt une importance générale pour le système juridique et est étrangère au domaine d'expertise du CRTC. Les fournisseurs de services sans fil soutiennent que [TRADUCTION] « la question de savoir si un organe d'établissement de règles a compétence pour établir des règles qui portent atteinte à des droits acquis ou qui ont un effet rétrospectif présente une importance capitale pour le système juridique » : mémoire des faits et du droit des appelantes, au paragraphe 46. Je pense qu'il est plus exact de dire que le principe de droit est que « [s]elon la règle générale, les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive à moins que le texte de la Loi ne le décrète expressément ou n'exige implicitement une telle interprétation » : *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, à la page 279. Lorsque le principe s'applique à des droits acquis, il est formulé de la manière suivante : « [TRADUCTION] [...] l'hypothèse sous-jacente étant que, lorsqu'il compte porter atteinte à de tels droits ou situations juridiques, le législateur le dit expressément sauf si, de toute façon, cette intention se dégage clairement d'une déduction nécessaire » : *Spooner Oils Ltd. et al. v. Turner Valley Gas Conservation Board (The)*, [1933] R.C.S. 629, à la page 638, cité avec approbation dans l'arrêt *Dikranian c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 73, [2005] 3 R.C.S. 530, au paragraphe 33.

[35] In my view, these two principles are simply the same principle expressed in two different ways: once from the point of view of temporal application and once from the point of view of consequential effects. In both cases, the principle is, by its very terms, a rebuttable presumption applicable to the interpretation of laws: see R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham, Ont.: LexisNexis, 2014, at page 761. The issue in the appeal is not the principle itself but rather its application to the facts of this case.

[36] To the extent that a tribunal is entitled to deference in the interpretation of its home statute, it must equally be entitled to deference in the use which it makes of the tools of statutory interpretation. It would be illogical to find that while a tribunal's interpretation of its home statute was presumptively entitled to deference, its use of the rules of interpretation, or its treatment of rebuttable presumptions, was to be assessed on the standard of correctness. This would simply be a back door application of the correctness standard.

[37] Even if one assumes that the presumption against retrospective legislation is a law of general application, that question calls for review on the correctness standard only if the question is outside the tribunal's specialized expertise. The question of what is outside the tribunal's specialized expertise was also considered in *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraphs 30 and 33, where the Court wrote:

Third, and most significantly, the problem with the appellant's argument is her narrow view of the Commission's expertise. In particular, the appellant argues that limitation periods "are not in themselves part of substantive securities regulation, the area of the (Commission's) specialised expertise"....

...

The answer, as this Court has repeatedly indicated since *Dunsmuir*, is that the resolution of unclear language in an administrative decision maker's home statute is usually best left

[35] À mon avis, ces deux principes sont simplement le même principe exprimé de deux façons différentes : sous l'angle de l'application dans le temps et sous l'angle des effets qui en résultent. Dans les deux cas, le principe est, de par son libellé, une présomption réfutable applicable à l'interprétation des lois : voir R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd., Markham, Ont. : LexisNexis, 2014, à la page 761. Ce n'est pas le principe lui-même qui fait l'objet du litige dans le contexte du présent appel, mais plutôt son application aux faits de l'espèce.

[36] Si un tribunal a droit à la déférence dans l'interprétation de sa loi constitutive, il doit également avoir droit à la déférence dans la façon dont il emploie les outils d'interprétation législative. Il serait illogique de conclure que, bien qu'il existe une présomption selon laquelle il convient de faire preuve de déférence à l'égard de l'interprétation par un tribunal de sa loi constitutive, son emploi des règles d'interprétation, ou son traitement des présomptions réfutables, doit être examiné en fonction de la norme de la décision correcte. Cela constituerait simplement une application indirecte de la norme de la décision correcte.

[37] Même si l'on suppose que la présomption relative à la non-rétrospectivité d'une loi est une règle d'application générale, ce n'est que dans le cas où cette question est étrangère au domaine d'expertise du tribunal qu'elle doit être examinée selon la norme de la décision correcte. La question de savoir ce qui est étranger au domaine d'expertise du tribunal a également été examinée dans l'affaire *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, aux paragraphes 30 et 33, où la Cour a écrit :

Troisièmement, la principale faille de l'argumentaire de l'appelante réside dans la conception étroite de l'expertise de la Commission qui le sous-tend. L'appelante prétend notamment que le délai de prescription [TRADUCTION] « ne fait pas partie en soi des dispositions substantielles sur les valeurs mobilières et échappe au domaine d'expertise de la (Commission) » [...]

[...]

Comme l'a maintes fois rappelé notre Cour depuis l'arrêt *Dunsmuir*, mieux vaut généralement laisser au décideur administratif le soin de clarifier le texte ambigu de sa loi constitutive.

to the decision maker. That is so because the choice between multiple reasonable interpretations will often involve policy considerations that we presume the legislature desired *the administrative decision maker* — not the courts — to make. Indeed, the exercise of that interpretative discretion is part of an administrative decision maker’s “expertise”. [Emphasis in original.]

[38] The notion of a tribunal’s specialized expertise has evolved to include the exercise of “interpretative discretion” so that the CRTC is presumed to have the required expertise to resolve the question of whether section 24 authorizes it to promulgate a Code with retrospective effect.

[39] The conclusion which flows from this is that presumption of review of the CRTC’s interpretation of its home statute on the standard of reasonableness has not been rebutted by the wireless companies.

[40] That said, because the reasonableness analysis in a case such as this is based entirely on the tribunal’s factual findings and policy statements, there is an opportunity to conflate the question of the tribunal’s power to do a thing and the reasonableness of the tribunal’s doing of the thing. The fact that a tribunal exercises a power reasonably does not mean that it has the jurisdiction (*vires*) to exercise that power in the first place. The question must be whether the tribunal’s factual findings and policy findings point to the conclusion that without such a power the tribunal cannot fulfill its mandate.

3. Having regard to the standard of review, and if it is the case that the second sentence of paragraph 369 gives the Code retrospective effect, was the CRTC’s decision to give it that effect reasonable?

[41] What rationale did the CRTC offer for its decision to make the Code apply to all contracts after June 3, 2015, regardless of when those contracts were concluded?

[42] At paragraphs 360–367 of the Code, the CRTC set out its analysis with respect to the implementation

La raison en est que le choix d’une interprétation parmi plusieurs qui sont raisonnables tient souvent à des considérations de politique générale dont on présume que le législateur a voulu confier la prise en compte au *décideur administratif* plutôt qu’à une cour de justice. L’exercice de ce pouvoir discrétionnaire d’interprétation relève en effet de l’« expertise » du décideur administratif. [Italiques dans l’original.]

[38] La notion d’expertise d’un tribunal a évolué pour englober le « pouvoir discrétionnaire d’interprétation », de sorte que le CRTC est présumé posséder l’expertise requise pour résoudre la question de savoir si l’article 24 l’autorise à adopter un code ayant un effet rétroactif.

[39] Il en découle que la présomption selon laquelle la norme de la décision raisonnable s’applique à l’interprétation par le CRTC de sa loi constitutive n’a pas été réfutée par les entreprises de services sans fil.

[40] Cela dit, puisque l’analyse du caractère raisonnable dans une affaire comme la présente repose entièrement sur les énoncés de politique et les conclusions de faits du tribunal, il est possible de confondre la question relative au pouvoir du tribunal de faire une chose avec celle du caractère raisonnable de l’accomplissement de cette chose par le tribunal. Le fait qu’un tribunal exerce un pouvoir de façon raisonnable ne signifie pas qu’il a compétence (*vires*) pour exercer ce pouvoir dans un premier temps. La question doit être celle de savoir si les conclusions du tribunal quant aux politiques et aux faits mènent à la conclusion que le tribunal ne peut remplir son mandat en l’absence d’un tel pouvoir.

3. Compte tenu de la norme de contrôle applicable et si la deuxième phrase du paragraphe 369 confère bel et bien un effet rétroactif au Code, la décision du CRTC de lui donner un tel effet était-elle raisonnable?

[41] Quelle justification le CRTC a-t-il donnée à l’appui de sa décision d’appliquer le Code à tous les contrats après le 3 juin 2015, peu importe la date à laquelle ces contrats ont été conclus?

[42] Aux paragraphes 360 à 367 du Code, le CRTC expose son analyse relativement à la mise en œuvre du

date for Code. It began by restating the purpose of the Code, namely that consumers be empowered to make informed choices in the competitive market so as to contribute to making that market more competitive. For that reason, the CRTC considered that it was in the best interests of consumers that the Wireless Code be implemented as soon as practicable.

[43] The CRTC went on to note that if the Wireless Code applied only to contracts entered into after December 2, 2013, (“new contracts”), many consumers who were locked into pre-existing contracts would not fully benefit from the Code until those contracts expired or were amended. The Commission was of the view that it was essential that the transition period for the implementation of the Wireless Code should be as short as possible so as to ensure that all consumers benefit from the Code in a reasonable period. The CRTC noted that unreasonable delays in the implementation of the Code for some customers “could be considered undue discrimination”: Wireless Code, at paragraph 365.

[44] The CRTC did recognize that there were practical reasons why immediate application of the Code to all existing contracts might not be proportionate, given that the costs and resources necessary to immediately implement the Code would outweigh the relative benefit to consumers.

[45] On the basis of the evidence filed in the hearings which it held, the CRTC was aware that if the Code applied to new and amended contracts only, approximately half of all wireless service customers would be covered by the Code within one year of its implementation date. Furthermore, the evidence before the CRTC showed that a large proportion of the consumers amend or extend their contracts prior to their expiry so that the Code would apply to most contracts in less than two years. The CRTC reasoned that at that point, the burden on wireless service providers to amend the remaining contracts would be substantially reduced.

Code. Il commence par rappeler l’objet du Code, à savoir que les consommateurs soient en mesure de faire des choix éclairés dans un marché concurrentiel et de rendre ce marché plus dynamique. Pour ce motif, le CRTC a estimé qu’il était dans l’intérêt des consommateurs de mettre en œuvre le Code sur les services sans fil le plus tôt possible.

[43] Le CRTC a ensuite mentionné que, si le Code sur les services sans fil s’appliquait seulement aux contrats conclus après le 2 décembre 2013 (« nouveaux contrats »), de nombreux consommateurs assujettis à des contrats existants ne pourraient profiter pleinement du Code que lorsque ces contrats prendraient fin ou seraient renouvelés. La Commission a estimé qu’il était essentiel que la période de transition pour la mise en œuvre du Code sur les services sans fil soit aussi courte que possible, afin que tous les consommateurs profitent des avantages du Code dans un délai raisonnable. Le CRTC a fait remarquer qu’un délai irraisonnable de mise en œuvre du Code pour certains clients « pourrait être perçu comme une discrimination injuste » : voir le Code sur les services sans fil, au paragraphe 365.

[44] Le CRTC a reconnu que certaines raisons pratiques font en sorte que l’application immédiate du Code à tous les contrats existants pourrait ne pas être proportionnelle, car les coûts et les ressources nécessaires à une mise en œuvre immédiate du Code seraient plus importants que les avantages dont pourraient profiter les consommateurs.

[45] Compte tenu des éléments de preuve présentés au cours de l’instance qu’elle présidait, le CRTC savait que si le Code s’appliquait seulement aux nouveaux contrats et aux contrats modifiés, environ la moitié des clients de services sans fil seraient assujettis par le Code dans l’année suivant sa date de mise en œuvre. En outre, les éléments de preuve soumis au CRTC ont démontré qu’une proportion importante des consommateurs modifient ou prolongent leur contrat avant l’expiration de celui-ci, et que le Code s’appliquerait donc à la majorité des contrats dans un délai inférieur à deux ans. Le CRTC a estimé qu’à ce moment-là, le fardeau pour les fournisseurs de services sans fil de modifier les contrats restants serait grandement réduit.

[46] In a communication to the wireless service providers industry association dated June 18, 2013, the CRTC, drawing on information provided by the wireless service providers in the course of the hearing process, advised that “the evidence suggests that approximately 80% of wireless customers, depending on the service provider, would be covered by the Code by 3 June 2015”: A.B., at page 2618.

[47] Before looking more closely at the CRTC’s reasoning, one can eliminate from further consideration the question of “undue discrimination”, which the CRTC raised as a possible issue if implementation of the Code were “unreasonably delayed”. Undue discrimination is a reference to section 27 of the Act which prohibits a carrier, in the provision of services, to unjustly discriminate or give an unjust preference to any person, including itself. Undue discrimination and unjust discrimination appear to be used interchangeably: see *Broadcasting Regulatory Policy* (August 24, 2011), CRTC 2011-522, at paragraph 11; Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, Report, “General Authorizations for Broadcasting Distribution Undertakings”, 2011, at paragraph 3(c).

[48] Assuming for the sake of this argument that undue discrimination does not require a specific intention to discriminate, it must nonetheless result from a deliberate choice by a carrier. To suggest that wireless service providers would engage in undue discrimination as a result of phasing in the implementation of the Code according to the CRTC’s direction is absurd.

[49] Does the CRTC’s reasoning leading to the imposition of the June 3, 2015, drop-dead date satisfy the “necessary implication” test with respect to the implied interpretation of section 24 which its decision evidences? Since it is conceded by all that section 24 does not explicitly authorize the CRTC to make rules with retrospective application, it can only do so if that power must arise by necessary implication because without such a power, it could not fulfill its statutory mandate: see

[46] Dans une lettre adressée à l’association de l’industrie des fournisseurs de services sans fil, datée du 18 juin 2013, le CRTC, qui s’est fondé sur l’information fournie par les fournisseurs de services sans fil au cours de l’audience, a indiqué que [TRADUCTION] « la preuve montre qu’environ 80 p. 100 des clients de services sans fil, selon le fournisseur de services, seraient couverts par le Code à compter du 3 juin 2015 » : dossier d’appel, à la page 2618.

[47] Avant d’examiner de plus près le raisonnement du CRTC, nous pouvons écarter l’examen de la question de la « discrimination injuste », soulevée par le CRTC comme un enjeu possible en cas de « délai irraisonnable » de mise en œuvre du Code. La discrimination injuste est mentionnée à l’article 27 de la Loi : les dispositions de cet article interdisent aux entreprises, en ce qui concerne la fourniture de services, d’établir une discrimination injuste ou d’accorder, y compris envers elles-mêmes, une préférence indue. La discrimination indue et la discrimination injuste semblent être utilisées de façon interchangeable : voir *Politique réglementaire de radiodiffusion* (24 août 2011), CRTC 2011-522, au paragraphe 11; Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Rapport, « Autorisations générales pour les entreprises de distribution de radio-diffusion », 2011, à l’alinéa 3c).

[48] À supposer, pour les besoins de cet argument, que la discrimination injuste n’exige pas une intention précise d’établir une discrimination, elle doit néanmoins découler d’un choix délibéré de la part d’une entreprise. Il est absurde de prétendre que les fournisseurs de services sans fil exerceraient une discrimination injuste en raison de la mise en œuvre progressive du Code conformément aux instructions du CRTC.

[49] Le raisonnement du CRTC menant à l’imposition du 3 juin 2015 comme délai satisfait-il au critère de ce qui est « exigé implicitement » relativement à l’interprétation implicite de l’article 24 qui est mise en évidence dans sa décision? Étant donné que les parties reconnaissent que l’article 24 n’autorise pas explicitement le CRTC à établir des règles d’application rétrospective, celui-ci ne peut le faire que si ce pouvoir est exigé implicitement, car sans ce pouvoir, il ne pourrait remplir le

Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue, [1977] 1 S.C.R. 271 [cited above].

[50] The Code implements several of the policy objectives of the Act, particularly paragraph 7(f)—fostering increased reliance on market forces for the provision of services—and paragraph 7(h)—responding to the social and economic requirements of users. To that extent, the CRTC’s objectives are grounded in the Act and in the Canadian telecommunications policy. This is an important factor in ensuring that the CRTC’s position is not simply “saying it’s so makes it so”. As a result, the promulgation of the Code as a whole is a matter squarely within the CRTC’s mandate and within the Act’s policy objectives.

[51] The issue is the timing of that implementation. The CRTC found that it was in the best interests of consumers that the Code be implemented as soon as possible and that it was essential that the transition period be as short as possible. These are both questions which are intimately tied to the objectives of the Code itself. They are also questions which depend on the exercise of the CRTC’s intimate knowledge of the telecommunications industry and its regulatory environment. To that extent, they are determinations of fact made by the CRTC in the exercise of its mandate, or to put the matter another way, they are determinations which are permeated by the CRTC’s factual expertise, both generally and specifically in the context of this proceeding.

[52] Because these conclusions are so heavily dependent upon the CRTC’s factual assessments, it appears to me that they are beyond the scope of our review, which is limited to questions of law and jurisdiction. Put another way, one could not question whether it really is essential that the Code be implemented as soon as practicable without engaging in a factual analysis designed to undermine the CRTC’s own factual analysis. This is not our function in a statutory appeal from a specialized tribunal.

[53] Our role, in the circumstances of this case, is to examine the rationale given for the decision to see if

mandat que lui confère la loi : voir *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271 [précité].

[50] Le Code met en œuvre plusieurs objectifs des politiques énoncés dans la Loi, en particulier celui prévu à l’alinéa 7f), soit de favoriser le libre jeu du marché en ce qui concerne la fourniture de services, et celui prévu à l’alinéa 7h), soit de satisfaire les exigences économiques et sociales des usagers. À ce titre, les objectifs du CRTC sont fondés sur la Loi et sur la politique canadienne de télécommunication. Ce facteur est important pour veiller à ce que la position du CRTC ne soit pas simplement celle selon laquelle [TRADUCTION] « y croire en fait une réalité ». Par conséquent, l’adoption du Code dans son intégralité repose directement sur le mandat du CRTC et sur les objectifs de la politique de la Loi.

[51] La question qui se pose est celle de la date de la mise en œuvre. Le CRTC a conclu qu’il était dans l’intérêt des consommateurs de mettre en œuvre le Code le plus tôt possible et qu’il était essentiel que la période de transition soit aussi courte que possible. Ces deux questions sont étroitement liées aux objectifs du Code lui-même. Il s’agit aussi de questions qui relèvent des connaissances particulières du CRTC concernant l’industrie des télécommunications et son cadre réglementaire. À cet égard, elles consistent en des conclusions de fait tirées par le CRTC dans l’exercice de son mandat ou, en d’autres termes, elles sont empreintes de l’expertise factuelle du CRTC, à la fois de façon générale et de façon précise, dans le contexte de cette instance.

[52] Étant donné que ces conclusions reposent grandement sur l’appréciation des faits du CRTC, il me semble qu’elles débordent du cadre de notre examen, lequel est circonscrit aux questions de droit et de compétence. Autrement dit, on ne peut se demander s’il est réellement essentiel que le Code soit mis en œuvre aussi tôt que possible sans s’engager dans une analyse des faits conçue pour miner l’analyse factuelle effectuée par le CRTC lui-même. Ce rôle ne nous appartient pas dans le contexte d’un appel prévu par la loi à l’égard d’une décision rendue par un tribunal spécialisé.

[53] Notre rôle, en l’espèce, consiste à examiner les motifs de la décision pour voir si elle repose sur un

there is a rational basis for it. Having set aside the question of undue discrimination, the remaining reason for the retrospective application of the Code is the CRTC's finding that enabling consumers to make informed choices in the competitive market will contribute to making that market even more competitive.

[54] It is important to recall that while this dispute centers on the effect of the implementation of the Code on early cancellation charges, it is the Code as a whole which is being implemented. The Code contains a large number of other provisions dealing with consumer choice and consumer protection. It covers such topics as the use of plain language in contracts, specific terms to be included in post-paid and pre-paid service contracts, the provision of critical information, changes to contract terms, bill management, mobile device issues, security deposits and disconnection: see A.B., at pages 76–83. It is therefore an error to assess the CTRC's decision solely through the lens of early cancellation fees.

[55] When one considers the Code as a whole, one can see that one of its effects will be to put more information in the hands of consumers. To the extent that the functioning of any market is dependent on the quality of the information available to market participants, the coming into force of the Code should make the market for wireless services more dynamic as consumers make better informed choices at more frequent intervals. It is not unreasonable to conclude that achieving this state of affairs is indeed in the best interests of consumers.

[56] Does it follow from this that the Code should therefore be implemented as soon as practicable? At paragraph 365 of the Code, the CRTC noted that if the Code only applies to new contracts, “many Canadians with pre-existing wireless service contracts will not fully benefit from the Wireless Code until these pre-existing contracts expire or are amended.” Given the CRTC's intention to put more information into the hands of consumers so as to increase the dynamism of the market, it is reasonable to have all consumers on the same

fondement rationnel. La question de la discrimination injuste étant écartée, le motif restant pour justifier l'application rétrospective du Code repose sur la conclusion du CRTC selon laquelle il faut permettre aux consommateurs de faire des choix éclairés dans un marché concurrentiel afin de rendre ce marché plus dynamique.

[54] Il importe de se rappeler que, bien que le présent litige porte principalement sur l'effet de la mise en œuvre du Code sur les frais de résiliation anticipée, cette mise en œuvre s'applique au Code dans son intégralité. Le Code renferme beaucoup d'autres dispositions portant sur le choix et la protection des consommateurs. Il traite de sujets comme l'usage d'un langage clair, les modalités précises des contrats de services prépayés et postpayés, le résumé des renseignements essentiels, les modifications des modalités du contrat, la gestion de la facture, les questions relatives aux appareils mobiles, le dépôt de garantie et le débranchement : voir le dossier d'appel, aux pages 76 à 83. C'est donc une erreur d'examiner la décision du CTRC uniquement sous l'angle des frais de résiliation anticipée.

[55] Lorsque l'on examine le Code dans son ensemble, on constate que l'un de ses effets sera de mettre davantage d'information à la disposition des consommateurs. Dans la mesure où le fonctionnement du marché est assujéti à la qualité de l'information accessible à ses participants, l'entrée en vigueur du Code devrait rendre le marché des services sans fil plus dynamique, puisque les consommateurs seront en mesure de faire des choix mieux éclairés à des intervalles plus rapprochés. Il n'est pas déraisonnable de conclure que le fait de permettre cette situation est effectivement dans l'intérêt des consommateurs.

[56] Faut-il en déduire que le Code devrait donc être mis en œuvre le plus tôt possible? Au paragraphe 365 du Code, le CRTC a fait remarquer que si le Code ne s'applique qu'aux nouveaux contrats, « de nombreux Canadiens assujétiés à des contrats de services sans fil existants ne pourront profiter du Code que lorsque ces contrats prendront fin ou seront renouvelés ». Compte tenu de l'intention du CRTC de mettre davantage d'information à la disposition des consommateurs en vue de rendre le marché plus dynamique, il est raisonnable de

footing as soon as possible. It is perhaps this limited non-technical view of “undue discrimination” which the CRTC had in mind. From the point of view of the regulation of the retail market in voice and data wireless services, the CRTC could reasonably consider that section 24, by necessary implication, gives it the power to impose the Code retrospectively.

[57] As a result, on the basis of the record before this Court, I am of the view that the CRTC’s implicit interpretation of section 24 to the effect that it (the CRTC) has the right to make the Wireless Code applicable to contracts concluded before the Code came into effect is reasonable. I would add, however, that since the CRTC did not address the legal issue explicitly, and since the reasoning in this case is a function of its own facts, this decision is no wider than those facts. Whether the CRTC has the implied power to legislate retrospectively in any other case remains to be determined when it arises.

[58] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

NOËL C.J.: I agree.

SCOTT J.A.: I agree.

placer tous les consommateurs sur le même pied le plus tôt possible. C’est peut-être cet aspect limité et non-technique de la « discrimination injuste » que le CRTC avait à l’esprit. Du point de vue de la réglementation du marché de détail des services vocaux et de données sans fil, le CRTC peut raisonnablement conclure que l’article 24, de façon implicite, lui confère le pouvoir d’imposer la mise en œuvre rétrospective du Code.

[57] Par conséquent, au vu du dossier dont la Cour dispose, je suis d’avis que l’interprétation implicite de l’article 24 par le CRTC, selon laquelle il (le CRTC) a le droit d’appliquer le Code sur les services sans fil aux contrats conclus avant l’entrée en vigueur du Code, est raisonnable. Cependant, j’ajoute que, puisque le CRTC n’a pas traité de manière explicite la question juridique, et que le raisonnement en l’espèce dépend des faits qui lui sont propres, cette décision s’en tient aux présents faits. La question de savoir si le CRTC dispose d’un pouvoir implicite de légiférer rétrospectivement dans toute autre affaire devra être tranchée lorsque la Cour sera saisie d’une telle question.

[58] Pour ces motifs, je rejetterais l’appel avec dépens.

LE JUGE EN CHEF NOËL : Je suis d’accord.

LE JUGE SCOTT, J.C.A. : Je suis d’accord.

T-2127-12
2015 FC 46

T-2127-12
2015 CF 46

Helmut Oberlander (*Applicant*)

Helmut Oberlander (*demandeur*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Procureur général du Canada (*défendeur*)

INDEXED AS: OBERLANDER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : OBERLANDER c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, Russell J.—Toronto, February 18, 2014; Ottawa, January 13, 2015.

Cour fédérale, juge Russell—Toronto, 18 février 2014; Ottawa, 13 janvier 2015.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Judicial review of Order in Council P.C. 2012-1137 revoking applicant's Canadian citizenship under Citizenship Act, s. 10 — Applicant, Ukrainian, obtaining Canadian citizenship in 1960 — Receiving notice that Minister of Citizenship and Immigration intending to make report to Governor in Council (GIC) recommending revocation of his Canadian citizenship — Minister alleging that applicant failing to disclose activities during World War II to Canadian immigration, citizenship officials — Case referred to Federal Court to determine whether applicant obtaining Canadian citizenship by false representations, fraud or by knowingly concealing material circumstances — Federal Court finding that applicant obtaining citizenship by false representation or by knowingly concealing material circumstances within meaning of Act, s.18(1) — Applicant's citizenship revoked — That decision set aside by Federal Court of Appeal; matter sent back to GIC for redetermination — Applicant's citizenship revoked again — Judicial review of GIC's second decision dismissed — On appeal, applicant submitting being forcibly conscripted into Einsatzkommando 10a (Ek 10a), unit involved in war crimes; claiming under duress throughout his service to Ek 10a — Federal Court of Appeal holding that GIC's decision reasonable as regards complicity but returning decision for reconsideration on issue of duress — Minister's Report to GIC applying test set out in Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration); concluding no evidence existing that applicant facing imminent real, inevitable threat to life — Report recommending that applicant be deprived of Canadian citizenship pursuant to Act, s. 10 — Whether issues determined by Supreme Court of Canada in Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration) relevant to proceeding, could be raised at that stage of proceeding; whether res judicata (issue estoppel) applying in present case; whether GIC breaching principles of procedural fairness in failing to give applicant opportunity to comment on rebuttal arguments put forward in final Report to GIC; whether GIC breaching principles of procedural fairness, Canadian Bill of Rights,

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Contrôle judiciaire relativement au décret C.P. 2012-1137, aux termes duquel la citoyenneté canadienne du demandeur a été révoquée en application de l'art. 10 de la Loi sur la citoyenneté — Le demandeur, ukrainien, a obtenu sa citoyenneté canadienne en 1960 — Il a été avisé de l'intention du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de faire un rapport au gouverneur en conseil (le GC) recommandant la révocation de sa citoyenneté canadienne — Le ministre a allégué que le demandeur n'avait pas divulgué aux fonctionnaires canadiens de l'immigration et de la citoyenneté les activités auxquelles il s'était livré pendant la Deuxième Guerre mondiale — L'affaire a été renvoyée à la Cour fédérale afin que celle-ci décide si le demandeur avait acquis sa citoyenneté canadienne par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels — La Cour fédérale a conclu que le demandeur avait acquis sa citoyenneté au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, au sens de l'art. 18(1) de la Loi — La citoyenneté du demandeur a été révoquée — La Cour d'appel fédérale a annulé cette décision et l'affaire a été renvoyée au GC pour qu'il prenne une nouvelle décision — Le GC a révoqué à nouveau la citoyenneté du demandeur — La demande de contrôle judiciaire de la seconde décision du GC a été rejetée — En appel, le demandeur a soutenu qu'il avait été enrôlé de force dans l'Einsatzkommando 10a (l'unité Ek 10a), une unité impliquée dans des crimes de guerre, et qu'il avait agi sous l'effet de la contrainte pendant tout son service au sein de cette unité — La Cour d'appel a statué que la décision du GC était raisonnable en ce qui concernait la complicité, mais elle a renvoyé l'affaire pour que la question de la contrainte soit réexaminée — Le rapport du ministre présenté au GC appliquait le critère élaboré dans l'arrêt Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), et concluait qu'il n'y avait aucune preuve que la vie du demandeur était menacée de façon imminente, réelle et inévitable — Le rapport recommandait que le demandeur soit privé de sa citoyenneté canadienne en vertu de l'art. 10 de la

Canadian Charter of Rights and Freedoms in rendering finding on credibility without interviewing applicant; whether GIC erring in law in applying wrong standard for assessing defence of duress; in ignoring, misstating evidence; whether GIC erring in law in reaching unreasonable decision — Issue estoppel applying herein — In present case, Federal Court of Appeal remitting previous GIC decision on sole issue of duress but not preventing decision from being final on issue of complicity — Ezokola not changing law of duress — Applicant also not establishing grounds allowing Court to exercise discretion to override doctrine of res judicata, to return matter for reconsideration of complicity issue — Applicant's claim that denial of right to reply to Minister's final recommendation to GIC constituting procedural unfairness rejected — Nothing inherently unfair in process followed herein — Applicant given fair, meaningful opportunity to present case on duress, which is precisely what applicant did — Onus on applicant in present case to provide sufficient evidence to establish applicant qualifying for defence of duress — Reading of decision showing that decision not based on credibility — On facts, oral interview not required to allow applicant to address credibility — Full reading of Report revealing that Report based on Minister not being satisfied sufficient evidence existing to support duress — While Report using confusing language at times, in context of decision as whole, Report's conclusions based on insufficiency of evidence, not on applicant's credibility — Therefore, applicant not establishing that procedural unfairness occurring in present case — Regarding issue of duress, review of record leading to conclusion that GIC applying correct standard in assessing issue of duress — However, some problems with way evidence handled existing — These problems addressed to decide whether decision reasonable — With respect to reasonableness, Report correctly identifying Ramirez test for duress; acknowledging that matter should be examined from point of view of reasonable person similarly situated to applicant — Thus, applicant failing to demonstrate duress in this case — Record, each of applicant's submissions carefully examined but no reviewable error found — Application dismissed.

Loi — Il s'agissait de savoir si les questions qui ont été tranchées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration) étaient pertinentes en l'espèce et pouvaient être soulevées à cette étape-ci des procédures; si le principe de l'autorité de la chose jugée (préclusion découlant d'une question déjà tranchée) s'appliquait en l'espèce; si le GC a manqué aux principes d'équité procédurale en ne donnant pas au demandeur la possibilité de formuler des remarques sur les réfutations figurant dans le rapport final qui lui était destiné; si le GC a manqué aux principes d'équité procédurale, à la Déclaration canadienne des droits et à la Charte canadienne des droits et libertés en tirant une conclusion relative à la crédibilité sans effectuer une entrevue avec le demandeur; si le GC a commis une erreur de droit en appliquant la mauvaise norme lorsqu'il a apprécié le moyen de défense fondé sur la contrainte et en ne tenant pas compte de certains éléments de preuve et en ne les décrivant pas correctement; et si le GC a commis une erreur de droit en rendant une décision déraisonnable — La préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'appliquait en l'espèce — En l'espèce, la Cour d'appel fédérale a renvoyé l'affaire du GC au regard de la question de la contrainte, mais cela n'empêchait sa décision d'être définitive dans la mesure où elle concernait la complicité — L'arrêt Ezokola n'a pas modifié le droit régissant la contrainte — Le demandeur n'a pas fait la preuve de motifs qui auraient permis à la Cour d'exercer le pouvoir discrétionnaire de passer outre au principe de l'autorité de la chose jugée et de renvoyer l'affaire pour qu'elle fasse l'objet d'un nouvel examen pour ce qui est de la question de la complicité — La prétention du demandeur selon laquelle il y a eu manquement à l'équité procédurale parce qu'il n'a pas été autorisé à répondre à la recommandation finale formulée par le ministre à l'intention du GC a été rejetée — Il n'y avait rien de fondamentalement inéquitable dans le processus qui a été suivi en l'espèce — Le demandeur a eu une possibilité juste et significative de faire valoir son point de vue sur la contrainte, et c'est exactement ce qu'il a fait — Il appartenait au demandeur de produire une preuve suffisante pour établir qu'il pouvait invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte — Il ressortait de la lecture de la décision que celle-ci n'était pas fondée sur la crédibilité — En s'appuyant sur les faits, une entrevue n'était pas requise pour permettre au demandeur de traiter de la question de la crédibilité — Une lecture du rapport complet a révélé qu'il était fondé sur le fait que le ministre n'était pas convaincu qu'il disposait d'une preuve suffisante concernant la contrainte — Malgré le fait que le libellé du rapport était parfois confus, dans le contexte de la décision contestée dans son ensemble, les conclusions qu'il renferme étaient fondées sur l'insuffisance de la preuve et non sur la crédibilité du demandeur — Par conséquent, le demandeur n'a pas établi qu'il y avait eu manquement à l'équité procédurale en l'espèce — En ce qui a trait à la question de la contrainte, l'examen du dossier a permis de conclure que le GC a appliqué la norme appropriée à l'égard de la question de la contrainte — Le traitement réservé à la preuve suscitait certains problèmes

qu'il fallait reconnaître et régler afin de décider si la décision était raisonnable — Quant à la raisonabilité, le rapport mentionnait le critère élaboré dans l'arrêt Ramirez et reconnaissait que l'affaire devrait être examinée du point de vue d'une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur — Par conséquent, le demandeur n'a pas réussi en l'espèce à démontrer qu'il était sous l'effet de la contrainte — Malgré un examen soigné du dossier et la prise en compte de chacune des observations du demandeur, aucune erreur pouvant faire l'objet d'un contrôle judiciaire n'a été relevée — Demande rejetée.

This was an application for judicial review of Order in Council P.C. 2012-1137 revoking the applicant's Canadian citizenship under section 10 of the *Citizenship Act*. The applicant was born in the Ukraine and obtained Canadian citizenship in 1960. In 1995, the applicant received notice of the intention of the Minister of Citizenship and Immigration to make a report to the Governor in Council (GIC) recommending the revocation of his Canadian citizenship. This was instigated based on the Minister's allegation that the applicant failed to disclose his activities during World War II to Canadian immigration and citizenship officials. At the applicant's request, the Minister referred the case to the Federal Court to determine whether he had obtained his Canadian citizenship by false representations, fraud or by knowingly concealing material circumstances. In 2000, the Federal Court found that the applicant had obtained his citizenship by false representation or by knowingly concealing material circumstances within the meaning of subsection 18(1) of the Act. In particular, it found that the applicant had served as an interpreter for Einsatzkommando 10a (Ek 10a), a unit involved in war crimes. In response to the Federal Court's decision, the Minister submitted a Report to the GIC recommending the revocation of the applicant's Canadian citizenship and the applicant's citizenship was revoked in July 2001. The applicant sought judicial review of the GIC's decision at the Federal Court but his application was dismissed. On appeal, the Federal Court of Appeal set aside the GIC's decision for failing to consider whether the applicant's activities fell within Canada's "no safe haven" policy and for failing to balance the applicant's personal interests against the public interest. The matter was sent back to the GIC for redetermination. The applicant's citizenship was revoked by the GIC again in May 2007. The applicant sought judicial review of that second decision but his application was dismissed. On appeal, the applicant submitted that he was forcibly conscripted into Ek 10a and that he was under duress throughout his service to Ek 10a. The Federal Court of Appeal held that the GIC's decision was reasonable as regards complicity but returned the decision for reconsideration of the sole issue of duress in light of the applicant's submission that he was under duress during his time with Ek 10a.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire relativement au décret C.P. 2012-1137, aux termes duquel la citoyenneté canadienne du demandeur a été révoquée en application de l'article 10 de la *Loi sur la citoyenneté*. Le demandeur est né en Ukraine et a obtenu sa citoyenneté canadienne en 1960. En 1995, le demandeur a été avisé de l'intention du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de faire un rapport au gouverneur en conseil (le GC) recommandant la révocation de sa citoyenneté canadienne. Ce processus était fondé sur l'allégation du ministre selon laquelle le demandeur n'avait pas divulgué aux fonctionnaires canadiens de l'immigration et de la citoyenneté les activités auxquelles il s'était livré pendant la Deuxième Guerre mondiale. À la demande du demandeur, le ministre a renvoyé l'affaire à la Cour fédérale afin que celle-ci décide s'il avait acquis sa citoyenneté canadienne par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels. En 2000, la Cour fédérale a conclu que le demandeur avait obtenu sa citoyenneté au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels au sens du paragraphe 18(1) de la Loi. Plus particulièrement, il avait conclu que le demandeur avait agi comme interprète pour l'Einsatzkommando 10a (l'unité Ek 10a), une unité impliquée dans des crimes de guerre. Par suite de la décision de la Cour fédérale, le ministre a présenté un rapport au GC dans lequel il recommandait la révocation de la citoyenneté canadienne du demandeur et la citoyenneté du demandeur a été révoquée en juillet 2001. Le demandeur a présenté à la Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire visant la décision du GC, mais sa demande a été rejetée. En appel, la Cour d'appel fédérale a annulé la décision du GC au motif que celui-ci n'avait pas examiné la question de savoir si les activités du demandeur étaient visées par la politique d'« absence de havre » du Canada et n'avait pas mis en balance les intérêts personnels du demandeur et l'intérêt public. L'affaire a été renvoyée au GC pour qu'il prenne une nouvelle décision. Le GC a révoqué à nouveau la citoyenneté du demandeur en mai 2007. Le demandeur a présenté une demande de contrôle judiciaire visant cette seconde décision, mais sa demande a été rejetée. En appel, le demandeur a soutenu qu'il avait été enrôlé de force dans l'unité Ek 10a et qu'il avait agi sous l'effet de la contrainte pendant tout son service au sein de cette unité. La Cour d'appel fédérale a statué que la

The reconsideration decision under review consisted of the Order in Council and the Report to the Governor in Council from the Minister of Citizenship and Immigration Concerning the Citizenship of Helmut Oberlander, supplementary report and the responses to submissions. The Report applied the test set out by the Federal Court of Appeal case law, in particular *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, to determine whether the applicant had established the defence of duress. It concluded that there was no evidence that the applicant faced an imminent real and inevitable threat to his life and that the applicant's failure to desert while on leave cast doubt on his assertion that he was facing a threat of imminent, real danger. Moreover, the Report concluded that the applicant had numerous opportunities to desert given his many periods of leave and stated that there was insufficient evidence to establish that the applicant served Ek 10A under duress; thus, the previous determination of his complicity stood. The final Report recommended that the applicant be deprived of his Canadian citizenship pursuant to section 10 of the Act.

The main issues were whether the issues determined by the Supreme Court of Canada in *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)* were relevant to this proceeding and could be raised at this stage of the proceeding; whether *res judicata* (issue estoppel) applied in this case; whether the GIC breached the principles of procedural fairness in failing to allow the applicant or counsel an opportunity to comment on rebuttal arguments put forward in its final Report to the GIC; whether the GIC breached principles of procedural fairness, the *Canadian Bill of Rights* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in rendering a finding on credibility without conducting an interview of the applicant; whether the GIC erred in law in applying the wrong standard for assessing the defence of duress and in ignoring and misstating evidence such that it made erroneous findings of fact in a perverse and capricious manner; and whether the GIC erred in law in reaching an unreasonable decision.

Held, the application should be dismissed.

décision du GC était raisonnable en ce qui concernait la complicité, mais elle a renvoyé l'affaire pour que la question de la contrainte soit réexaminée parce que le demandeur soutenait qu'il avait agi sous l'effet de la contrainte pendant son service dans l'unité Ek 10a.

La décision relative au réexamen qui a fait l'objet du contrôle était constituée du décret et du rapport présenté au gouverneur général en conseil par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration au sujet de la citoyenneté d'Helmut Oberlander, rapport complémentaire et réponse aux observations. Le rapport appliquait le critère élaboré par la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale, plus particulièrement dans l'arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, afin de déterminer si le demandeur avait établi le moyen de défense fondé sur la contrainte. Selon le rapport, rien ne permettait de croire que la vie du demandeur avait été menacée de façon imminente, réelle et inévitable et le fait que le demandeur n'avait pas déserté pendant qu'il était en permission a jeté un doute sur la crédibilité de son affirmation selon laquelle il était exposé à la menace d'un danger réel et imminent. De plus, le rapport a conclu également que le demandeur avait eu maintes occasions de déserté, vu ses nombreuses permissions, et révélait que la preuve n'établissait pas que le demandeur avait servi sous la contrainte au sein de l'unité Ek 10a; par conséquent, la conclusion antérieure relative à sa complicité a été maintenue. Le rapport final recommandait que le demandeur soit privé de sa citoyenneté canadienne en vertu de l'article 10 de la Loi.

Il s'agissait principalement de savoir si les questions qui ont été tranchées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* étaient pertinentes en l'espèce et pouvaient être soulevées à cette étape-ci des procédures; si le principe de l'autorité de la chose jugée (préclusion découlant d'une question déjà tranchée) s'appliquait en l'espèce; si le GC a manqué aux principes d'équité procédurale en ne donnant pas au demandeur la possibilité de formuler des remarques sur les réfutations figurant dans le rapport final qui lui était destiné; si le GC a manqué aux principes d'équité procédurale, à la *Déclaration canadienne des droits* et à la *Charte canadienne des droits et libertés* en tirant une conclusion relative à la crédibilité sans effectuer une entrevue avec le demandeur; si le GC a commis une erreur de droit en appliquant la mauvaise norme lorsqu'il a apprécié le moyen de défense fondé sur la contrainte et en ne tenant pas compte de certains éléments de preuve et en ne les décrivant pas correctement, de sorte qu'il a tiré des conclusions de fait erronées de façon abusive et arbitraire; et si le GC a commis une erreur de droit en rendant une décision déraisonnable.

Jugement : la demande doit être rejetée.

This application gave rise to three principal areas of concern: *res judicata* (issue estoppel); procedural fairness; and unreasonable decision.

The applicant claimed that following the filing of argument and before the scheduling of the hearing for this application, the Supreme Court of Canada released its decision in *Ezokola* that fundamentally altered the law on complicity for international crimes in the context of an immigration matter. On the face of it, issue estoppel applied in this case. In previous litigation, the Federal Court of Appeal upheld the GIC's determination that the applicant was complicit, meaning that as far as the issue of complicity is concerned, all three criteria required for issue estoppel were satisfied: the complicity issue was decided in previous litigation; the Federal Court of Appeal's decision on the issue of complicity was final; and the parties to the proceedings were the same. In this case, the Federal Court of Appeal remitted the previous GIC decision on the issue of duress but this did not prevent its decision from being final in so far as complicity is concerned. Complicity was not a pending matter to be determined by the GIC. Consequently, there was no basis for the applicant to argue that he should be able to take advantage of the change in the law in *Ezokola* because complicity remained in the system. The Federal Court of Appeal remitted this matter on the sole issue of duress; *Ezokola* did not change the law of duress. Thus, *res judicata* applied in this case.

Nevertheless, it had to be decided whether the Court should exercise its residual discretion to determine that the *res judicata* doctrine should not be applied where, taking into account the entirety of the circumstances, this could lead to an injustice. There is a strong societal interest in preserving a final decision on the merits and this interest can only be outweighed in rare cases where the interests of justice require re-litigation. This was not such a case. This is because the applicant demonstrated no more than a change in the law. He had his claim that he was not complicit fully determined on the merits and confirmed by the Federal Court of Appeal. The applicant was free to seek leave to take his case on complicity to the Supreme Court of Canada but chose not to avail himself of that opportunity earlier on. In addition, he did not establish that the decision finding him complicit was "clearly wrong". The GIC's previous decision on complicity, endorsed by the Federal Court of Appeal, was clearly right on the merits and even if "wrongness" now has to be measured against the law in *Ezokola*, the applicant still did not show the decision in question was "clearly wrong". Thus, the applicant did not establish grounds that would allow the Court to exercise

La présente demande a soulevé des questions concernant principalement l'autorité de la chose jugée (préclusion découlant d'une question déjà tranchée), l'équité procédurale et le caractère déraisonnable de la décision.

Le demandeur a fait valoir que la Cour suprême du Canada a rendu son arrêt dans *Ezokola*, après le dépôt des prétentions et avant la mise au rôle de la présente demande. Cet arrêt a modifié en profondeur les règles de droit régissant la complicité dans la commission de crimes internationaux dans le contexte de l'immigration. À première vue, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'appliquait en l'espèce. Dans une décision antérieure, la Cour d'appel fédérale a confirmé la conclusion du GC selon laquelle le demandeur était complice, ce qui signifiait que, en ce qui concerne la question de la complicité, les trois critères relatifs à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée étaient remplis : la question de la complicité a été décidée dans une instance précédente, l'arrêt de la Cour d'appel fédérale sur la question de la complicité était définitif et les parties aux instances étaient les mêmes. En l'espèce, la Cour d'appel fédérale a renvoyé la décision antérieure du GC sur la question de la contrainte, mais cela n'a pas empêché sa décision d'être définitive dans la mesure où elle concerne la complicité. La complicité n'était pas une question pendante qui devait être tranchée par le GC. En conséquence, rien ne permettait au demandeur de prétendre qu'il devrait pouvoir bénéficier de la modification du droit établie dans l'arrêt *Ezokola* parce que la question de la complicité était toujours en cours. La Cour d'appel fédérale a renvoyé l'affaire au regard seulement de la question de la contrainte; l'arrêt *Ezokola* n'a pas modifié le droit régissant la contrainte. Par conséquent, le principe de l'autorité de la chose jugée s'appliquait en l'espèce.

Néanmoins, il fallait déterminer si la Cour devait conserver le pouvoir discrétionnaire résiduel de déterminer que le principe de l'autorité de la chose jugée ne devrait pas s'appliquer lorsque, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il pourrait en résulter une injustice. La société a grand intérêt à ce qu'une décision définitive soit rendue sur le fond et cet intérêt ne peut être supplanté que dans de rares cas où l'intérêt de la justice exige que l'affaire soit débattue à nouveau. Ce n'était pas le cas en l'espèce. Il en est ainsi parce que le demandeur n'a rien démontré de plus qu'une modification du droit. Sa prétention selon laquelle il n'avait pas été complice a fait l'objet d'une décision complète sur le fond qui a été confirmée par la Cour d'appel fédérale. Le demandeur était libre de demander l'autorisation d'interjeter appel de la décision relative à la complicité à la Cour suprême du Canada, mais il a cependant choisi de ne pas interjeter appel sur cette question. En outre, il n'a pas non plus établi que la décision selon laquelle il avait été complice était « manifestement erronée ». La décision précédente du GC sur la complicité, à laquelle avait souscrit la Cour d'appel fédérale, était manifestement correcte sur le fond et, même si le caractère erroné

the discretion to override the doctrine of *res judicata* and return the matter for reconsideration of the complicity issue.

The applicant claimed that procedural fairness was breached in two principal ways. First, he alleged that denying him the right to reply to the Minister's final recommendation to the GIC resulted in procedural unfairness. There was nothing inherently unfair in the process that was followed in this case and that is followed in other similar cases where citizenship is considered for revocation. The applicant was given a fair and meaningful opportunity to present his case on duress and to bring forward and comment on the facts that supported his position. This is precisely what he did. In this case, the Minister's recommendations constituted the reasons for the decision and procedural fairness did not require that final reasons should be presented for possible rebuttal. If those reasons contained a reviewable error, then the applicant had the right to bring them to the Court for review. The applicant was made fully aware of the case he had to meet and was given a fair and meaningful opportunity to meet that case before a final decision was made. There were no new facts or arguments or misdescriptions or mischaracterizations of evidence that the applicant did not address or was not able to address in his submissions and reply.

The applicant's second ground for procedural unfairness was that an oral interview should have been conducted in this case because the Minister's Report, and therefore the GIC's decision, was based at least in part on a negative credibility assessment of the applicant. The onus was on the applicant in this case to provide sufficient evidence to establish that he qualified for the defence of duress. The applicant was fully aware of what this involved and went about providing that evidence. Clearly, the applicant did not feel that he needed an oral interview to make his case because he did not ask for one and there was nothing to suggest that he could not establish duress through the use of previous testimony, affidavit evidence and documentation. A reading of the decision was that it was not in a material way based upon credibility. The Minister simply weighed the evidence before him together with the applicant's submissions and decided that the applicant had not established sufficient grounds for the defence of duress. On the facts, an oral interview was not required to allow the applicant to address credibility. This was a disagreement about the weighing process and not a procedural fairness

doit maintenant être évalué en fonction de l'arrêt *Ezokola*, le demandeur n'a pas démontré que la décision en question était « manifestement erronée ». Par conséquent, le demandeur n'a pas fait la preuve de motifs qui permettraient à la Cour d'exercer le pouvoir discrétionnaire de passer outre au principe de l'autorité de la chose jugée et de renvoyer l'affaire pour qu'elle fasse l'objet d'un nouvel examen pour ce qui est de la question de la complicité.

Le demandeur a allégué que l'équité procédurale a été enfreinte principalement de deux façons. Premièrement, il a prétendu qu'il y avait eu manquement à l'équité procédurale parce qu'il n'avait pas été autorisé à répondre à la recommandation finale formulée par le ministre à l'intention du GC. Il n'y avait rien de fondamentalement inéquitable dans le processus qui a été suivi en l'espèce et qui est suivi dans d'autres affaires semblables où la révocation de la citoyenneté est envisagée. Le demandeur a eu une possibilité juste et significative de faire valoir son point de vue sur la contrainte, d'alléguer des faits au soutien de celui-ci et de faire des commentaires à ce sujet. C'est exactement ce qu'il a fait. En l'espèce, les recommandations du ministre constituaient les motifs de la décision contestée et l'équité procédurale n'exigeait pas que la version finale des motifs soit présentée afin d'être éventuellement réfutée. Si ces motifs renfermaient une erreur susceptible de contrôle, le demandeur avait le droit d'en demander le contrôle à la Cour. Le demandeur connaissait tous les faits et éléments de preuve qu'il devait réfuter et il a eu une possibilité juste et significative de le faire avant qu'une décision définitive ne soit prise. Il n'y avait aucun nouveau fait ou prétention ni aucune description ou caractérisation erronée de la preuve dont le demandeur n'a pas traité ou n'a pas été en mesure de traiter dans ses observations et réponse.

Le deuxième motif invoqué par le demandeur pour démontrer qu'il y a eu manquement à l'équité procédurale était qu'une entrevue aurait dû avoir lieu parce que le rapport du ministre et, par conséquent, la décision du GC, sont fondés, à tout le moins en partie, sur une évaluation défavorable de la crédibilité du demandeur. Il appartenait au demandeur de produire une preuve suffisante pour établir qu'il pouvait invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte. Le demandeur savait parfaitement ce que ce moyen de défense exigeait et la démarche à suivre pour produire cette preuve. De toute évidence, le demandeur ne pensait pas qu'il avait besoin d'une entrevue pour faire valoir ses arguments puisqu'il n'en a pas demandé une, et rien ne permettait de croire qu'il ne pouvait pas faire la preuve de la contrainte au moyen des témoignages, preuve par affidavits et documentation déjà produits. Il ressortait de la lecture de la décision que celle-ci n'était pas fondée sur la crédibilité de façon appréciable. Le ministre a simplement soupesé la preuve dont il disposait avec les observations du demandeur et a décidé que ce dernier n'avait pas démontré qu'il existait des motifs

issue. While there was some language in the Report that suggested the applicant's credibility was at issue, the case law is clear that the language used is not determinative as to whether a matter was decided on weight or credibility, and the decision maker's comments must be read in the context of the decision as a whole. The decision herein was based upon the fact that the applicant's assertions were not sufficient to establish the defence of duress given that he submitted insufficient evidence to support them and given that the evidence on the record suggested contrary conclusions to those which he asserted. A full reading of the Report revealed that it was based on the Minister not being satisfied that there was sufficient evidence to support duress. While the Report uses confusing language at times, in the context of the decision as a whole, the Report's conclusions were based on an insufficiency of evidence and not on the applicant's credibility. Therefore, the applicant did not establish that procedural unfairness occurred in this case.

Regarding the issue of duress, a review of the record led to the conclusion that the GIC applied the correct standard in assessing the issue of duress. However, there were some problems with the way the evidence was handled that were addressed to decide whether the decision was reasonable or whether it should be returned for reconsideration. The Report made several references to the applicant's periods of leave whereas the Federal Court did not make any findings that the applicant took any periods of leave or had an opportunity to desert. While the Minister may have made mistakes about the Federal Court's findings, there was still sufficient evidence to support the Minister's contention that the applicant took periods of leave, returned to Ek 10a voluntarily and had opportunities to desert that he did not take. Even though the Federal Court did not make any clear findings on issues such as forcible conscription or the applicant's perception of threat, it was open to the GIC to assess all of the other evidence. This evidence revealed that even if the applicant was conscripted, there was no evidence to suggest that what he did with Ek 10a or his remaining with the unit was against his will. Also, there was no evidence that the applicant had been mistreated, that he found Ek 10a's activities and objectives abhorrent, that he ever sought to be relieved of his duties or that he ever contemplated desertion or tried to desert.

suffisants étayant le moyen de défense fondé sur la contrainte. En s'appuyant sur ces faits, une entrevue n'était pas requise pour permettre au demandeur de traiter de la question de la crédibilité. Il s'agissait d'un désaccord au sujet du processus d'appréciation et non d'une question d'équité procédurale. Il est vrai que le libellé employé dans le rapport laissait parfois croire que la crédibilité du demandeur était en cause, mais la jurisprudence est claire : le libellé employé n'est pas déterminant pour ce qui est de la question de savoir si une décision est fondée sur le poids ou la crédibilité de la preuve, et les remarques du décideur doivent être lues en tenant compte du contexte de la décision dans son ensemble. La décision en l'espèce était fondée sur le fait que les affirmations du demandeur n'étaient pas suffisantes pour établir le moyen de défense fondé sur la contrainte, compte tenu du fait qu'il a produit une preuve insuffisante à cet égard et de la preuve au dossier qui semble permettre des conclusions contraires à celles qu'il invoquait. Une lecture du rapport complet a révélé qu'il était fondé sur le fait que le ministre n'était pas convaincu qu'il disposait d'une preuve suffisante concernant la contrainte. Malgré le fait que le libellé du rapport était parfois confus, dans le contexte de la décision contestée dans son ensemble, les conclusions qu'il renfermait étaient fondées sur l'insuffisance de la preuve, et non sur la crédibilité du demandeur. Par conséquent, le demandeur n'a pas établi qu'il y avait eu manquement à l'équité procédurale en l'espèce.

En ce qui a trait à la question de la contrainte, un examen du dossier a permis de conclure que le GC a appliqué la norme appropriée à l'égard de la question de la contrainte. Cependant, le traitement réservé à la preuve a suscité certains problèmes qu'il fallait reconnaître et régler afin de décider si la décision était raisonnable ou si l'affaire devait être renvoyée pour nouvel examen. Le rapport a mentionné à plusieurs reprises les permissions accordées au demandeur, tandis que la Cour fédérale n'a tiré aucune conclusion concernant la question de savoir si le demandeur avait bénéficié de permissions ou s'il avait eu la possibilité de désert. Malgré les erreurs commises par le ministre relativement aux conclusions de la Cour fédérale, il y avait encore une preuve démontrant que, comme le ministre le prétendait, le demandeur avait bénéficié de permissions, était retourné à l'unité Ek 10a de son plein gré et avait eu des occasions de désert dont il n'avait pas profité. Même si la Cour fédérale n'a tiré aucune conclusion claire sur des questions comme celle de savoir si le demandeur avait fait l'objet d'un enrôlement forcé inévitable ou au sujet de sa perception de la menace, le GC pouvait soupeser tous les autres éléments de preuve. Ceux-ci démontraient que, même si le demandeur a été recruté de force, rien ne permettait de penser qu'il a agi contre son gré en demeurant au sein de l'unité ou en commettant des actes pour le compte de celle-ci. Par ailleurs, rien ne permettait de conclure que le demandeur avait été maltraité, qu'il estimait que les activités et les objectifs de l'unité Ek 10a étaient odieux, qu'il avait déjà demandé à être dispensé de

With respect to reasonableness, a reading of the Report was that it correctly identified the *Ramirez* test for duress and acknowledged that the matter should be examined from the point of view of a reasonable person who is similarly situated to the applicant. It considered the evidence and what it showed about the applicant's point of view. The onus was on the applicant to establish duress and in the end he failed to demonstrate a reasonable apprehension of imminent physical peril, that the situation he found himself in was not of his making or was not consistent with his will or that he satisfied the proportionality requirement. Each of the applicant's assertions for reviewable error were examined. While some mistakes were made by the Minister, there was no material error in the decision. Reasons do not need to be perfect; they simply need to be sufficient to allow the individual to understand why the decision was made and to allow the reviewing court to assess the decision's validity. The record and each of the applicant's submissions were carefully examined but no reviewable error was found.

ses tâches et qu'il avait déjà envisagé de désertier ou essayé de le faire.

Quant à la raisonabilité, il ressortait de la lecture du rapport que celui-ci mentionnait le critère élaboré dans l'arrêt *Ramirez* et reconnaissait que l'affaire devrait être examinée du point de vue d'une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur. Le rapport examinait la preuve et ce qu'elle nous apprenait au sujet du point de vue du demandeur. Il incombait au demandeur d'établir la contrainte. Au bout du compte, il n'a pas fait la preuve d'une crainte raisonnable de danger physique imminent et n'a pas démontré que la situation dans laquelle il se trouvait n'était pas de sa faute ou ne découlait pas de sa volonté ou qu'il satisfaisait à l'exigence de proportionnalité. Chacune des prétentions du demandeur afin de déterminer si la décision comportait des erreurs susceptibles de contrôle a été examinée. Bien que le ministre ait commis certaines erreurs, la décision contestée ne comportait aucune erreur importante. Il n'est pas nécessaire que les motifs soient parfaits. Ils doivent tout simplement être suffisants pour permettre à l'intéressé de comprendre la décision et à la cour de révision d'apprécier le bien-fondé de celle-ci. Malgré un examen soigné du dossier et la prise en compte de chacune des observations du demandeur, aucune erreur pouvant faire l'objet d'un contrôle judiciaire n'a été relevée.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 2(e).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 10, 18.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 618.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1.
 Order in Council P.C. 2012-1137.

CASES CITED

APPLIED:

Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 2 F.C. 306, (1992), 89 D.L.R. (4th) 173 (C.A.); *Valle Lopes v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 403, 6 Admin. L.R. (5th) 257, affd 2012 FCA 25, 4 Imm. L.R. (4th) 14; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *R. v. Ryan*, 2013 SCC 3, [2013] 1 S.C.R. 14; *Ferguson v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1067, 74 Imm. L.R. (3d) 306; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*,

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 618.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III, art. 2e).
 Décret C.P. 2012-1137.
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 10, 18.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 2 C.F. 306 (C.A.); *Valle Lopes c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 403, conf. par 2012 CAF 25; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *R. c. Ryan*, 2013 CSC 3, [2013] 1 R.C.S. 14; *Ferguson c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 1067; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Gao c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 59;

2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Gao v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 59; *Bicuku v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 339; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761.

DISTINGUISHED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Asghedom, 2001 FCT 972, 210 F.T.R. 294; *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246, (1987), 38 D.L.R. (4th) 530; *Régie des rentes du Québec v. Canada Bread Company Ltd.*, 2013 SCC 46, [2013] 3 S.C.R. 125.

CONSIDERED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Oberlander, 2000 CanLII 14968, 185 F.T.R. 41 (F.C.T.D.); *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2004 FCA 213, [2005] 1 F.C.R. 3, revg 2003 FC 944, 238 F.T.R. 35; *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 330, [2010] 4 F.C.R. 395; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, (1994), 112 D.L.R. (4th) 513; *Caballero v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1996 CanLII 3893, 122 F.T.R. 291 (F.C.T.D.); *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687; *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Copeland*, [1998] 2 F.C. 493, (1997), 51 C.R.R. (2d) 65 (T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Oberlander*, 1997 CanLII 5898, 155 D.L.R. (4th) 481, (F.C.T.D.); *R. v. Weir*, 1999 ABCA 275, 250 A.R. 73; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223, (1996), 135 D.L.R. (4th) 402; *R. v. Thomas*, [1990] 1 S.C.R. 713, (1990), 75 C.R. (3d) 352; *Metro Can Construction Ltd. v. Canada*, 2001 FCA 227, 203 D.L.R. (4th) 741; *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, 2002 FCA 210, [2003] 1 F.C. 242; *Pehtereva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 200 (F.C.T.D.); *Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 494; *Myle v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1073, 66 Imm. L.R. (3d) 214; *Bermudez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 681; *Agastra v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 548; *General Motors of Canada Ltd. v. Naken et al.*, [1983] 1 S.C.R. 72, (1983), 144 D.L.R. (3d) 385; *Prosecutor v. KAING Guek Eav alias Duch* Case File/ Dossier No. 001/18-07-2007/ECCC/TC, Extraordinary Chambers in the Court of Cambodia; *Vandifar v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 433, 27 Imm. L.R. (4th) 78; *Nnabuike Ozomma v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1167, [2014] 1 F.C.R. 732.

Bicuku c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2014 CF 339; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Asghedom, 2001 CFPI 972; *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246; *Régie des rentes du Québec c. Canada Bread Company Ltd.*, 2013 CSC 46, [2013] 3 R.C.S. 125.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Oberlander, 2000 CanLII 14968 (C.F. 1^{re} inst.); *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2004 CAF 213, [2005] 1 R.C.F. 3, infirmant 2003 CF 944; *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 330, [2010] 4 R.C.F. 395; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *Caballero c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1996 CanLII 3893 (C.F. 1^{re} inst.); *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687; *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Copeland*, [1998] 2 C.F. 493 (1^{re} inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Oberlander*, 1997 CanLII 5898 (C.F. 1^{re} inst.); *R. v. Weir*, 1999 ABCA 275, 250 A.R. 73; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223; *R. c. Thomas*, [1990] 1 R.C.S. 713; *Metro Can Construction Ltd. c. Canada*, 2001 CAF 227; *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, 2002 CAF 210, [2003] 1 C.F. 242; *Pehtereva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1491 (1^{re} inst.) (QL); *Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 494; *Myle c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 1073; *Bermudez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 681; *Agastra c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 548; *General Motors of Canada Ltd. c. Naken et autres*, [1983] 1 R.C.S. 72; *Prosecutor c. KAING Guek Eav alias Duch*, Dossier n° 001/18-07-2007/ECCC/TC, Chambres Extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens; *Vandifar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 433; *Nnabuike Ozomma c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1167, [2014] 1 R.C.F. 732.

REFERRED TO:

Equizabal v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1994] 3 F.C. 514, (1994), 24 Imm. L.R. (2d) 277 (C.A.); *Nagalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 153, [2009] 2 F.C.R. 52; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, (1995), 99 C.C.C. (3d) 193; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2003 FC 944, 238 F.T.R. 35; *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 1200, [2009] 3 F.C.R. 358; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *Exeter v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 251, 465 N.R. 346; *League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, [2012] 2 F.C.R. 312; *R. v. Arsenault*, 2009 NBCP 44, 354 N.B.R. (2d) 200; *Nagamany v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1554; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 49, [2001] 3 F.C. 3; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; *Belalcazar v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FC 1013, 395 F.T.R. 291; *Jimenez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1231; *Arica v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FC 907, 276 F.T.R. 124; *Boshra v. Canadian Association of Professional Employees*, 2011 FCA 98, 90 C.C.E.L. (3d) 89; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Lupsa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 311; *Ventura v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 871, 90 Imm. L.R. (3d) 264; *I.I. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 892; *Giles v. Westminster Savings and Credit Union*, 2010 BCCA 282, 5 B.C.L.R. (5th) 252; *Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Pharmascience Inc.*, 2007 FC 1057, 61 C.P.R. (4th) 434, affd 2008 FCA 213, 67 C.P.R. (4th) 385; *Smith Estate v. National Money Mart Co.*, 2008 ONCA 746, 92 O.R. (3d) 641; *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321, 168 D.L.R. (4th) 270 (C.A.); *Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 429, [2006] 1 F.C.R. 3; *Al Yamani v. Canada (Solicitor General)*, [1996] 1 F.C. 174, (1995), 129 D.L.R. (4th) 226 (T.D.); *R. v. Baldree*, 2013 SCC 35, [2013] 2 S.C.R. 520; *Liban v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1252, 76 Imm. L.R. (3d) 227; *Zokai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1103; *Carrillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 94, [2008] 4 F.C.R. 636.

DÉCISIONS CITÉES :

Equizabal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1994] 3 C.F. 514 (C.A.); *Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 153, [2009] 2 R.C.F. 52; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2003 CF 944; *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 1200, [2009] 3 R.C.F. 358; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Exeter c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 251; *Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307, [2012] 2 R.C.F. 312; *R. c. Arsenault*, 2009 NBCP 44, 354 R.N.-B. (2^e) 200; *Nagamany c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1554; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 49, [2001] 3 C.F. 3; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Belalcazar c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CF 1013; *Jimenez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1231; *Arica c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CF 907; *Boshra c. Association canadienne des employés professionnels*, 2011 CAF 98; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Lupsa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 311; *Ventura c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 871; *I.I. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 892; *Giles v. Westminster Savings and Credit Union*, 2010 BCCA 282, 5 B.C.L.R. (5th) 252; *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Pharmascience Inc.*, 2007 CF 1057, conf. par 2008 CAF 213; *Smith Estate v. National Money Mart Co.*, 2008 ONCA 746, 92 O.R. (3^e) 641; *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3^e) 321, 168 D.L.R. (4th) 270 (C.A.); *Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 429, [2006] 1 R.C.F. 3; *Al Yamani c. Canada (Solliciteur général)*, [1996] 1 C.F. 174 (1^{re} inst.); *R. c. Baldree*, 2013 CSC 35, [2013] 2 R.C.S. 520; *Liban c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 1252; *Zokai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1103; *Carrillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 94, [2008] 4 R.C.F. 636.

AUTHORS CITED

- Citizenship and Immigration Canada. *Enforcement Manual (ENF)*, Chapter ENF 18: War crimes and crimes against humanity, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/enf/enf18-eng.pdf>>.
- Hawley, Charles. “Overturning Hitler’s Military Tribunals: Germany Considers Rehabilitating Soldiers Executed for “Treason””, *Spiegel* (June 29, 2007), online: <<http://www.spiegel.de/international/germany/overturning-hitler-s-military-tribunals-germany-considers-rehabilitating-soldiers-executed-for-treason-a-491332.html>>.
- Marinero, Ximena. “Germany passes law to exonerate Nazi-era ‘war traitors’”, *Jurist* (September 9, 2009), online: <<http://jurist.org/paperchase/2009/09/germany-passes-law-to-exonerate-nazi.php>>.
- Moore, Tristana. “Nazi deserter hails long-awaited triumph”, *BBC News* (September 8, 2009), online: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8244186.stm>>.
- Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. IV, October 1946–April 1949, online: <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-IV.pdf>.

APPLICATION for judicial review of Order in Council P.C. 2012-1137 revoking the applicant’s Canadian citizenship under section 10 of the *Citizenship Act*. Application dismissed.

APPEARANCES

- Ronald Poulton and Barbara Jackman* for applicant.
- Catherine Vasilaros and Jeannine Plamondon* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

- Poulton Law Office Professional Corporation and Jackman, Nazami & Associates*, Toronto, for applicant.
- Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

RUSSELL J.:

DOCTRINE CITÉE

- Citoyenneté et Immigration Canada. *Exécution de la loi (ENF)*, chapitre ENF 18 : Crimes de guerre et crimes contre l’humanité, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/enf/enf18-fra.pdf>>.
- Hawley, Charles. « Overturning Hitler’s Military Tribunals: Germany Considers Rehabilitating Soldiers Executed for “Treason” », *Spiegel* (29 juin 2007), en ligne : <<http://www.spiegel.de/international/germany/overturning-hitler-s-military-tribunals-germany-considers-rehabilitating-soldiers-executed-for-treason-a-491332.html>>.
- Marinero, Ximena. « Germany passes law to exonerate Nazi-era “war traitors” », *Jurist* (9 septembre 2009), en ligne : <<http://jurist.org/paperchase/2009/09/germany-passes-law-to-exonerate-nazi.php>>.
- Moore, Tristana. « Nazi deserter hails long-awaited triumph », *BBC News* (8 septembre 2009), en ligne : <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8244186.stm>>.
- Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. IV, octobre 1946 à avril 1949, en ligne : <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-IV.pdf>.

DEMANDE de contrôle judiciaire relativement au décret C.P. 2012-1137, aux termes duquel la citoyenneté canadienne du demandeur a été révoquée en application de l’article 10 de la *Loi sur la citoyenneté*. Demande rejetée.

ONT COMPARU

- Ronald Poulton et Barbara Jackman* pour le demandeur.
- Catherine Vasilaros et Jeannine Plamondon* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

- Poulton Law Office Professional Corporation et Jackman, Nazami & Associates*, Toronto, pour le demandeur.
- Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

LE JUGE RUSSELL :

I. INTRODUCTION

[1] This is an application under section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, for judicial review of Order in Council P.C. 2012-1137 (Order in Council), dated September 27, 2012, which revoked Helmut Oberlander's (applicant or Mr. Oberlander) Canadian citizenship under section 10 of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 (Act).

II. BACKGROUND

[2] Mr. Oberlander was born on February 15, 1924 in Halbstadt, Ukraine. He obtained his Canadian citizenship on April 19, 1960.

[3] In a letter dated January 27, 1995, Mr. Oberlander received notice of the Minister of Citizenship and Immigration's (Minister) intention to make a report to the Governor in Council (GIC) recommending the revocation of his Canadian citizenship. This process was instigated based on the Minister's allegation that Mr. Oberlander failed to disclose his activities during World War II to Canadian immigration and citizenship officials. At Mr. Oberlander's request, the Minister referred the case to the Federal Court to determine whether he had obtained his Canadian citizenship by false representations, fraud, or by knowingly concealing material circumstances.

[4] In February 2000, Justice MacKay found that Mr. Oberlander had obtained his citizenship by false representation or by knowingly concealing material circumstances within the meaning of subsection 18(1) of the Act: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Oberlander* 2000 CanLII 14968, 185 F.T.R. 41 (F.C.T.D.) (*Oberlander* (2000)). Justice MacKay found that Mr. Oberlander had served as an interpreter for Einsatzkommando 10a (Ek 10a), a unit involved in war crimes. This is a final and non-reviewable decision: Act, subsection 18(3).

I. INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, relativement au décret C.P. 2012-1137 (le décret), daté du 27 septembre 2012, aux termes duquel la citoyenneté canadienne d'Helmut Oberlander (le demandeur ou M. Oberlander) a été révoquée en application de l'article 10 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 (la Loi).

II. LE CONTEXTE

[2] M. Oberlander est né le 15 février 1924 à Halbstadt, en Ukraine. Il a obtenu sa citoyenneté canadienne le 19 avril 1960.

[3] Dans une lettre datée du 27 janvier 1995, M. Oberlander a été avisé de l'intention du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) de faire un rapport au gouverneur en conseil (le GC) recommandant la révocation de sa citoyenneté canadienne. Ce processus était fondé sur l'allégation du ministre selon laquelle M. Oberlander n'avait pas divulgué aux fonctionnaires canadiens de l'immigration et de la citoyenneté les activités auxquelles il s'était livré pendant la Deuxième Guerre mondiale. À la demande de M. Oberlander, le ministre a renvoyé l'affaire à la Cour fédérale afin que celle-ci décide s'il avait acquis sa citoyenneté canadienne par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels.

[4] En février 2000, le juge MacKay a conclu que M. Oberlander avait acquis sa citoyenneté au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, au sens du paragraphe 18(1) de la Loi : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Oberlander*, 2000 CanLII 14968 (C.F. 1^{re} inst.) (*Oberlander* (2000)). Selon lui, M. Oberlander avait agi comme interprète pour l'Einsatzkommando 10a (l'unité Ek 10a), une unité impliquée dans des crimes de guerre. Cette décision est définitive et non susceptible de contrôle judiciaire : paragraphe 18(3) de la Loi.

[5] In response to Justice MacKay's decision, the Minister submitted a report to the GIC recommending the revocation of Mr. Oberlander's Canadian citizenship. The GIC revoked Mr. Oberlander's citizenship on July 21, 2001.

[6] Mr. Oberlander sought judicial review of the GIC's decision at the Federal Court. His application was dismissed. On appeal, the Federal Court of Appeal set aside the GIC's decision for failing to consider whether Mr. Oberlander's activities fell within Canada's "no safe haven" policy and for failing to balance Mr. Oberlander's personal interests against the public interest: *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2004 FCA 213, [2005] 1 F.C.R. 3 (*Oberlander* (2004)), at paragraphs 58–60. The matter was sent back to the GIC for redetermination.

[7] The GIC revoked Mr. Oberlander's citizenship again on May 17, 2007.

[8] Mr. Oberlander sought judicial review of the GIC's second decision. Again, his application was dismissed. On appeal, Mr. Oberlander submitted that he was forcibly conscripted into Ek 10a, and that he was under duress throughout his service to Ek 10a. The [Federal] Court of Appeal held that the GIC's decision was reasonable as regards complicity, but returned the decision for reconsideration of the sole issue of duress, in light of Mr. Oberlander's submission that he was under duress during his time with Ek 10a: *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 330, [2010] 4 F.C.R. 395 (*Oberlander* (2009)), at paragraphs 22 and 41.

III. DECISION UNDER REVIEW

[9] The reconsideration decision under review consists of the Order in Council and the Report to the Governor General in Council from the Minister of Citizenship and Immigration Concerning the Citizenship of Helmut Oberlander, supplementary report and response to

[5] Par suite de la décision du juge MacKay, le ministre a présenté un rapport au GC dans lequel il recommandait la révocation de la citoyenneté canadienne de M. Oberlander. Le GC a révoqué la citoyenneté de M. Oberlander le 21 juillet 2001.

[6] M. Oberlander a présenté à la Cour une demande de contrôle judiciaire visant la décision du GC. Sa demande a été rejetée. En appel, la Cour d'appel fédérale a annulé la décision du GC au motif que celui-ci n'avait pas examiné la question de savoir si les activités de M. Oberlander étaient visées par la politique d'« absence de havre » du Canada et n'avait pas mis en balance les intérêts personnels de M. Oberlander et l'intérêt public : *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2004 CAF 213, [2005] 1 R.C.F. 3 (*Oberlander* (2004)), aux paragraphes 58 à 60). L'affaire a été renvoyée au GC pour qu'il prenne une nouvelle décision.

[7] Le GC a révoqué à nouveau la citoyenneté de M. Oberlander le 17 mai 2007.

[8] M. Oberlander a demandé le contrôle judiciaire de la deuxième décision du GC. Encore une fois, sa demande a été rejetée. En appel, il a soutenu qu'il avait été enrôlé de force dans l'unité Ek 10a et qu'il avait agi sous l'effet de la contrainte pendant tout son service au sein de cette unité. La Cour d'appel [fédérale] a statué que la décision du GC était raisonnable en ce qui concernait la complicité, mais elle a renvoyé l'affaire pour que la question de la contrainte soit réexaminée parce que M. Oberlander soutenait qu'il avait agi sous l'effet de la contrainte pendant son service dans l'unité Ek 10a : *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 330, [2010] 4 R.C.F. 395 (*Oberlander* (2009)), aux paragraphes 22 et 41).

III. LA DÉCISION CONTESTÉE

[9] La décision relative au réexamen qui fait l'objet du présent contrôle est constituée du décret et du [TRADUCTION] « rapport présenté au gouverneur général en conseil par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration au sujet de la citoyenneté d'Helmut Oberlander,

submissions (Report) (Decision), which reflects the GIC's reasons.

[10] The Report says its analysis as to whether duress can overcome Mr. Oberlander's complicity applies to the definition of duress in immigration law, in the Citizenship and Immigration Operational Manual [*Enforcement Manual (ENF)*], Chapter ENF 18: War crimes and crimes against humanity, section 7.4 (Guidelines), and under criminal law. The Report outlines the legal requirements for each of these tests and considers whether Mr. Oberlander has established that he satisfies their requirements.

[11] From the perspective of immigration law, the Report applies the test developed in Federal Court of Appeal jurisprudence. This test has three basic elements (*Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.) (*Ramirez*)):

- i. A reasonable apprehension of imminent physical peril, depriving the claimant of the freedom to choose right from wrong;
- ii. The situation cannot be brought about through the claimant's own acts or be consistent with the claimant's will; and
- iii. The harm inflicted must not be in excess of that which would have been directed at the claimant (the "proportionality" requirement).

A failure to establish any one element is enough to dismiss the defence of duress.

[12] The imminent peril issue is concerned with whether the individual faced an "imminent, real, and inevitable threat to his life": *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701 (*Finta*), at page 837. The Report says that there is no evidence that Mr. Oberlander faced this type of threat. In reaching this conclusion, the Report considers the following findings of Justice MacKay (Report, at paragraph 32):

rapport complémentaire et réponse aux observations » (le rapport) qui reflète les motifs du GC (la décision contestée).

[10] Le rapport indique que son analyse de la question de savoir si M. Oberlander peut invoquer la contrainte pour ne pas être considéré comme complice des actes de l'unité Ek 10a s'applique à la définition de contrainte prévue par le droit de l'immigration, dans le Guide opérationnel de Citoyenneté et Immigration [*Exécution de la loi (ENF)*], chapitre ENF 18 : Crimes de guerre et crimes contre l'humanité, section 7.4 (les lignes directrices) et par le droit criminel. Le rapport décrit les exigences juridiques de chacun des critères et traite de la question de savoir si M. Oberlander a démontré qu'il y satisfaisait.

[11] En ce qui concerne le droit de l'immigration, le rapport applique le critère élaboré par la Cour d'appel fédérale. Ce critère comporte trois éléments fondamentaux (*Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.) (*Ramirez*)) :

- i. la crainte raisonnable d'un péril corporel imminent, privant le demandeur de sa liberté de choisir entre le bien et le mal;
- ii. la situation ne peut être occasionnée par les propres actes du demandeur ou découler de sa volonté;
- iii. les torts causés ne doivent pas excéder ceux que cette personne aurait subis (la règle de « proportionnalité »).

Le fait de ne pas établir un élément suffit pour que le moyen de défense fondé sur la contrainte soit rejeté.

[12] La question du péril imminent a trait à la question de savoir si « la vie [de la personne] est menacée de façon imminente, réelle et inévitable » : *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701 (*Finta*), à la page 837. Selon le rapport, rien ne permet de croire que M. Oberlander a été exposé à ce type de menace. À cet égard, le rapport tient compte des conclusions suivantes du juge MacKay (rapport, au paragraphe 32) :

[TRADUCTION]

- | | |
|--|--|
| i. Mr. Oberlander maintained a continuous, lengthy service for 3-4 years, only surrendering at the end of the war. | i. Le service de M. Oberlander a duré longtemps, de trois à quatre ans, sans interruption, et s'est terminé à la fin de la guerre seulement. |
| ii. Mr. Oberlander voluntarily accepted the award of the War Service Cross Second Class for his service in Ek10a. | ii. Monsieur Oberlander a accepté de son plein gré la croix du service militaire, deuxième classe, pour son service au sein de l'unité Ek 10a. |
| iii. Mr. Oberlander voluntarily joined his mother's application for German citizenship. | iii. Monsieur Oberlander s'est joint volontairement à la demande de citoyenneté allemande de sa mère. |
| iv. Mr. Oberlander had numerous opportunities to desert as he was on leave many times and for several weeks on each occasion. [Footnotes omitted.] | iv. Monsieur Oberlander a eu de nombreuses occasions de désertier, car il a obtenu un grand nombre de permissions, de plusieurs semaines chacune. [Notes de bas de page omises.] |

[13] The Report finds that Mr. Oberlander's failure to desert while on leave or while serving as a solitary guard casts doubt on the credibility of his assertion that he was facing a threat of imminent, real danger: *Equizabal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 514 (C.A.) (*Equizabal*).

[13] Le rapport conclut que le fait que M. Oberlander n'a pas déserté pendant qu'il était en permission ou qu'il agissait à titre de garde solitaire jette un doute sur la crédibilité de son affirmation selon laquelle il était exposé à la menace d'un danger réel et imminent : *Equizabal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 514 (C.A.) (*Equizabal*).

[14] The second element of the *Ramirez* test is concerned with whether the individual claiming duress is responsible for his or her own predicament. The Report says that, contrary to Mr. Oberlander's submissions, Justice MacKay made no finding as to whether he was conscripted. Even if the Minister were to accept Mr. Oberlander's submissions, conscription is not conclusive of duress: *Oberlander* (2009), above, at paragraphs 32–33. Mr. Oberlander was promoted and accepted a medal recognizing his service, leading to the conclusion that he was responsible for his actions during the duration of his service, regardless of whether he was conscripted: *Caballero v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1996 CanLII 3893, 122 F.T.R. 291 (F.C.T.D.) (*Caballero*).

[14] Le deuxième élément du critère établi dans l'arrêt *Ramirez* a trait à la question de savoir si la personne qui prétend avoir agi sous la contrainte est responsable de sa situation difficile. Le rapport indique que, contrairement aux observations de M. Oberlander, le juge MacKay n'a pas décidé si celui-ci avait été enrôlé de force. Même si le ministre avait accepté les observations de M. Oberlander, la seule conscription ne permet pas de conclure à la contrainte : *Oberlander* (2009), précité, aux paragraphes 32 et 33. M. Oberlander ayant été promu et ayant accepté une médaille en reconnaissance de son service, il a été conclu qu'il était responsable de ses actes pendant la durée de son service, peu importe qu'il ait été conscrit ou non : *Caballero c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1996 CanLII 3893 (C.F. 1^{re} inst.) (*Caballero*).

[15] The Report points to the report of *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. IV, October 1946-April 1949 (Nuremberg Report) which found that members of Einsatzgruppen were able to seek transfers, and could ask to be excused from their duties. The

[15] Le rapport fait référence au volume IV (octobre 1946 à avril 1949) du rapport des Procès des criminels de guerre par les tribunaux militaires de Nuremberg, tenus conformément à la Loi n° 10 du Conseil de contrôle (le rapport de Nuremberg) [*Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*

Report concludes that the lack of evidence that Mr. Oberlander sought a transfer or a discharge confirms that he was responsible for his own predicament.

[16] Finally, the Report considers the proportionality element. This requires that the potential harm the claimant would have faced by disobeying an order be more serious than the harm to victims caused by the claimant's actions: *Ramirez*, above, at pages 327–328. As Justice MacKay found that Ek 10a was a killing squad, Mr. Oberlander was obligated to show that he feared death to justify his complicity. The Report says that Justice MacKay found Mr. Oberlander's evidence that he joined out of fear of harm or the harshest of penalties to be inconsistent. Justice MacKay made no findings that Mr. Oberlander would have faced death if he had not complied with Ek 10a's orders.

[17] As the Guidelines are based on the *Ramirez* factors, the Report also finds that Mr. Oberlander has not established that he was under duress under the Guidelines' requirements. The Report specifically highlights its finding that Mr. Oberlander had numerous opportunities to desert, given his many periods of leave, and the lack of evidence to establish Mr. Oberlander's assertion that members who disobeyed or tried to desert Ek 10a were executed.

[18] Next, the Report addresses Mr. Oberlander's submissions regarding the defence of duress in criminal law. It advises the GIC to base its decision on immigration law and policy considerations, but says that criminal law can serve as an interpretive aid, if applied with circumspection: *Nagalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 153, [2009] 2 F.C.R. 52, at paragraph 67.

under Control Council Law No. 10], selon lequel il était possible pour les membres des Einsatzgruppen de demander des transferts et d'être dispensés de leurs tâches. Le rapport conclut que l'absence de preuve démontrant que M. Oberlander avait sollicité un transfert ou une dispense confirme qu'il était responsable de sa situation.

[16] Enfin, le rapport traite de la proportionnalité, laquelle exige que les torts qui auraient pu être causés au demandeur s'il avait désobéi à un ordre soient plus graves que ceux causés aux victimes par les actes du demandeur : *Ramirez*, précité, aux pages 327 et 328. Comme le juge MacKay a conclu que l'unité Ek 10a était une brigade d'exécution, M. Oberlander devait, pour justifier sa complicité, démontrer qu'il craignait d'être tué. Le rapport indique que le juge MacKay a estimé que le témoignage de M. Oberlander selon lequel il s'était joint à l'unité Ek 10a parce qu'il avait peur que l'on s'en prenne à lui ou que les peines les plus sévères lui soient infligées était incohérent. Le juge MacKay n'a pas conclu que M. Oberlander aurait été tué s'il ne s'était pas conformé aux ordres de l'unité Ek 10a.

[17] Comme les lignes directrices sont fondées sur les facteurs définis dans l'arrêt *Ramirez*, le rapport conclut également que M. Oberlander n'a pas établi qu'il agissait sous l'effet de la contrainte selon les exigences des lignes directrices. Il souligne particulièrement que M. Oberlander a eu maintes occasions de désertier, vu ses nombreuses permissions, et l'absence de preuve démontrant, comme il l'affirmait, que les membres qui désobéissaient aux ordres ou qui essayaient de désertier l'unité Ek 10a étaient exécutés.

[18] Le rapport traite ensuite des observations de M. Oberlander concernant le moyen de défense fondé sur la contrainte en droit criminel. Il recommande au GC de fonder sa décision sur le droit de l'immigration et sur des considérations de principe, mais il ajoute que le droit criminel peut être utilisé pour les interpréter s'il est appliqué avec circonspection : *Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 153, [2009] 2 R.C.F. 52, au paragraphe 67.

[19] The criminal law defence of duress is based on the same three elements as immigration law: (1) clear and imminent danger; (2) the absence of any reasonable legal alternative to breaking the law, such as a safe avenue of escape; and (3) proportionality between the harm inflicted and the harm avoided: *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687 (*Ruzic*), at paragraphs 59–64; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973 (*Hibbert*).

[20] Whether the accused had a safe avenue of escape should be examined from an objective-subjective standard. This requires consideration from the perspective of a similarly-situated reasonable person: *Ruzic*, above, at paragraph 61. The Report addresses Mr. Oberlander's submissions regarding his age, and his belief that he would be killed if he tried to escape (Report, at paragraph 65):

Age should be considered on a spectrum. Mr. Oberlander would be on the more mature end being 18 years old or some months shy of his 18th birthday. According to his own evidence, he showed his maturity by being the only male of the household, having worked to support his family and save for his education. In addition, Justice MacKay found that Mr. Oberlander “was comparatively well educated for his time” (thus, lending him to the task of interpretation). Therefore, Mr. Oberlander was not a boy or a child at the time that he joined the Ek10a. [Footnotes omitted.]

The Report concludes that Mr. Oberlander's maturity level was such that he could have evaluated the situation and deserted or sought a transfer.

[21] The criminal law also requires a close temporal connection between the threat and the potential infliction of harm: *Ruzic*, above, at paragraph 65. The Report again relies on the fact that Mr. Oberlander went on leave several times to find that there was no close temporal connection between the threat and the potential harm (death for desertion) that Mr. Oberlander feared.

[22] The Report concludes that there is insufficient evidence to establish that Mr. Oberlander served Ek 10a

[19] Le moyen de défense fondé sur la contrainte existant en droit criminel repose sur les mêmes éléments qu'en droit de l'immigration : 1) l'existence d'un danger imminent et évident; 2) l'absence de solution raisonnable et légale autre que celle de contrevenir à la loi, par exemple un moyen de s'en sortir sans danger; 3) l'existence de proportionnalité entre le mal infligé et le mal évité : *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687 (*Ruzic*), aux paragraphes 59 à 64; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973 (*Hibbert*).

[20] Il faut examiner la question de savoir si l'accusé disposait d'un moyen de s'en sortir sans danger, à l'aide d'une norme à la fois objective et subjective. Suivant cette norme, la situation doit être examinée du point de vue d'une personne raisonnable qui se trouve dans une situation similaire : *Ruzic*, précité, au paragraphe 61. Le rapport traite des observations de M. Oberlander concernant son âge et de sa conviction qu'il allait être tué s'il essayait de s'échapper (rapport, au paragraphe 65) :

[TRADUCTION] L'âge devrait être pris en compte le long d'un continuum. Monsieur Oberlander, qui était âgé de 18 ans ou qui allait les avoir quelques mois plus tard, se trouverait à l'extrémité des personnes les plus mûres. Selon son propre témoignage, il a fait montre de sa maturité en étant le seul homme dans le ménage, en travaillant pour subvenir aux besoins de sa famille et pour économiser pour ses études. De plus, le juge MacKay a estimé que M. Oberlander « était bien instruit pour l'époque » (ce qui lui avait permis de faire de l'interprétation). Monsieur Oberlander n'était donc pas un jeune garçon ou un enfant lorsqu'il s'était joint à l'unité Ek 10a. [Notes de bas de page omises.]

Le rapport conclut que, compte tenu de son degré de maturité, M. Oberlander aurait pu évaluer la situation et désertier ou demander un transfert.

[21] Le droit criminel exige également la présence d'un lien temporel étroit entre les menaces et l'infliction éventuelle d'un préjudice : *Ruzic*, précité, au paragraphe 65. S'appuyant encore une fois sur le fait que M. Oberlander avait eu plusieurs permissions, le rapport conclut qu'il n'existait pas un lien temporel étroit entre les menaces et le préjudice éventuel (la mort pour cause de désertion) que M. Oberlander craignait.

[22] Le rapport arrive à la conclusion que la preuve n'établit pas que M. Oberlander a servi sous la contrainte

under duress, and the previous determination of his complicity stands. It says the duress analysis has no impact on the Minister's prior balancing of Mr. Oberlander's personal interests with the public interests.

[23] Mr. Oberlander was provided with a draft copy of the Report and invited to make submissions. The final Report describes these submissions as "a repeated attempt to relitigate all the issues that were already decided by Justice MacKay or to attack decisions made by the Governor in Council that were later confirmed by the Federal Court and the Federal Court of Appeal": Report, at paragraph 79.

[24] On the duress issue, Mr. Oberlander submitted that the Report's account of his leaves and absences was wrong. The final Report says that even if this assertion is accepted, it does not change the fact that Mr. Oberlander was alone and armed for a month and so had the opportunity to escape and was not under duress for the entire duration of his service to Ek 10a. The final Report says that Mr. Oberlander's submissions regarding his fear of death for desertion cannot constitute a *carte blanche* excuse for his complicity: *Valle Lopes v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 403, 6 Admin. L.R. (5th) 257 (*Valle Lopes*), at paragraph 107, aff'd 2012 FCA 25, 4 Imm. L.R. (4th) 14.

[25] The final Report says that the Minister has measured Mr. Oberlander's arguments against the findings of Justice MacKay, and has found that Mr. Oberlander has failed to demonstrate that he was under duress while remaining in the service of Ek 10a. The final Report recommends that Mr. Oberlander be deprived of his Canadian citizenship pursuant to section 10 of the Act.

IV. ISSUES

[26] The applicant raises the following issues in this proceeding:

au sein de l'unité Ek 10a, et la conclusion antérieure relative à sa complicité est maintenue. Selon le rapport, l'analyse de la contrainte n'a aucune incidence sur la mise en balance des intérêts personnels de M. Oberlander et de l'intérêt public qui a été effectuée par le ministre.

[23] M. Oberlander a reçu un projet de rapport et a été invité à présenter des observations. Le rapport final qualifie ces observations de [TRADUCTION] « tentative répétée de remettre en litige toutes les questions qui ont déjà été tranchées par le juge MacKay ou d'attaquer les décisions rendues par le gouverneur en conseil qui ont ensuite été confirmées par la Cour fédérale et par la Cour d'appel fédérale » : rapport, au paragraphe 79.

[24] Au sujet de la question de la contrainte, M. Oberlander a prétendu que le rapport avait fait état de ses permissions et de ses absences de façon erronée. Le rapport final indique que, même si M. Oberlander avait raison à cet égard, cela ne change rien au fait qu'il s'était trouvé seul et armé pendant un mois, qu'il avait ainsi eu la possibilité de s'échapper et qu'il n'avait pas agi sous l'effet de la contrainte pendant toute la durée de son service au sein de l'unité Ek 10a. Il mentionne en outre que les observations de M. Oberlander concernant sa crainte d'être tué s'il désertait ne peuvent constituer une *carte blanche* et excuser sa complicité : *Valle Lopes c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 403 (*Valle Lopes*), au paragraphe 107, conf. par 2012 CAF 25.

[25] Le rapport final indique que le ministre a soupesé les prétentions de M. Oberlander en tenant compte des conclusions du juge MacKay et qu'il a conclu que M. Oberlander n'avait pas démontré qu'il était sous l'effet de la contrainte pendant son service au sein de l'unité Ek 10a. Le rapport final recommande que M. Oberlander soit privé de sa citoyenneté canadienne en vertu de l'article 10 de la Loi.

IV. LES QUESTIONS EN LITIGE

[26] Le demandeur soulève les questions suivantes en l'espèce :

- | | |
|--|--|
| <p>a. Did the GIC err in law in applying the wrong standard for assessing the defence of duress?</p> | <p>a. Le GC a-t-il commis une erreur de droit en appliquant la mauvaise norme lorsqu’il a apprécié le moyen de défense fondé sur la contrainte?</p> |
| <p>b. Did the GIC err in law in ignoring and misstating evidence, such that it made erroneous findings of fact in a perverse and capricious manner?</p> | <p>b. Le GC a-t-il commis une erreur de droit en tenant pas compte de certains éléments de preuve et en ne les décrivant pas correctement, de sorte qu’il a tiré des conclusions de fait erronées de façon abusive et arbitraire?</p> |
| <p>c. Did the GIC breach principles of procedural fairness in failing to allow the applicant or counsel an opportunity to comment on rebuttal arguments put forward in its final Report to the GIC?</p> | <p>c. Le GC a-t-il manqué aux principes d’équité procédurale en ne donnant pas au demandeur ou à ses avocats la possibilité de formuler des remarques sur les réfutations figurant dans le rapport final qui lui était destiné?</p> |
| <p>d. Did the GIC breach principles of procedural fairness, the <i>Canadian Bill of Rights</i>, R.S.C., 1985, Appendix III (Bill of Rights), and the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>, being Part I of the <i>Constitution Act, 1982</i>, Schedule B, <i>Canada Act 1982</i>, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter) in rendering a finding on credibility without conducting an interview of the applicant?</p> | <p>d. Le GC a-t-il manqué aux principes d’équité procédurale, à la <i>Déclaration canadienne des droits</i>, L.R.C. (1985), appendice III (la Déclaration des droits), et à la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>, qui constitue la partie I de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>, annexe B, <i>Loi de 1982 sur le Canada</i>, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), en tirant une conclusion relative à la crédibilité sans effectuer une entrevue avec le demandeur?</p> |
| <p>e. Did the GIC err in law in reaching an unreasonable decision?</p> | <p>e. Le GC a-t-il commis une erreur de droit en rendant une décision déraisonnable?</p> |

In an order dated September 30, 2012, Prothonotary Aalto granted the applicant’s motion to permit the parties to file supplemental memoranda of fact and law addressing a change in the law. The applicant raised two additional issues in his submissions:

Dans une ordonnance datée du 30 septembre 2012, le protonotaire Aalto a fait droit à la requête présentée par le demandeur afin que les parties soient autorisées à déposer des mémoires complémentaires des faits et du droit traitant d’un changement du droit. Le demandeur a soulevé deux questions additionnelles dans ses observations :

- | | |
|--|--|
| <p>f. Are the issues determined by the Supreme Court of Canada in <i>Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)</i>, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678 (<i>Ezokola</i>) relevant to the within proceeding, and can they be raised at this stage of the proceeding?</p> | <p>f. Les questions qui ont été tranchées par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt <i>Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i>, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678 (<i>Ezokola</i>), sont-elles pertinentes en l’espèce et peuvent-elles être soulevées à cette étape-ci des procédures?</p> |
| <p>g. Should the decision of the GIC be set aside because its treatment of complicity does not comply</p> | <p>g. La décision du GC devrait-elle être annulée au motif que la façon dont celui-ci a traité la question</p> |

with the requirements established by the Supreme Court of Canada in *Ezokola*?

de la complicité n'est pas conforme aux exigences établies par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ezokola*?

V. STANDARD OF REVIEW

[27] The Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*) held that a standard of review analysis need not be conducted in every instance. Instead, where the standard of review applicable to a particular question before the court is settled in a satisfactory manner by past jurisprudence, the reviewing court may adopt that standard of review. Only where this search proves fruitless, or where the relevant precedents appear to be inconsistent with new developments in the common law principles of judicial review, must the reviewing court undertake a consideration of the four factors comprising the standard of review analysis: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraph 48.

[28] The applicant does not address the standard of review applicable to this proceeding. The respondent submits that the GIC's decision should be reviewed on a standard of reasonableness as it is a discretionary, policy-driven decision made by "the highest political organ of the Canadian government": *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2003 FC 944, 238 F.T.R. 35, at paragraph 18; *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 1200, [2009] 3 F.C.R. 358, at paragraph 41.

[29] Issues a. and b. will be reviewed on a standard of reasonableness as the GIC's application of the law to the facts at hand raises a question where "the legal issues cannot be easily separated from the factual issues": *Dunsmuir*, above, at paragraph 51.

[30] Issues c. and d. raise issues of procedural fairness and will be reviewed on a standard of correctness: *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502, at paragraph 79; *Exeter v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 251, 465 N.R. 346, at paragraph 31.

V. LA NORME DE CONTRÔLE

[27] La Cour suprême du Canada a déclaré, dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), qu'il n'est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse relative à la norme de contrôle. En fait, lorsque la norme de contrôle qui s'applique à une question en litige est bien établie par la jurisprudence, la cour de révision peut l'adopter. Ce n'est que lorsque cette démarche se révèle infructueuse ou que la jurisprudence semble devenue incompatible avec l'évolution récente des principes de common law concernant le contrôle judiciaire que la cour de révision procédera à l'examen des quatre facteurs de l'analyse relative à la norme de contrôle : *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 48.

[28] Le demandeur n'aborde pas la question de la norme de contrôle applicable en l'espèce. Le défendeur soutient que la décision du GC devrait être assujettie à la norme de la raisonabilité, car il s'agit d'une décision discrétionnaire reposant sur des considérations de politique générale qui a été rendue « par le plus haut organe politique du gouvernement canadien » : *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2003 CF 944, au paragraphe 18; *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 1200, [2009] 3 R.C.F. 358, au paragraphe 41.

[29] La norme de la raisonabilité s'applique aux questions a. et b., car l'application du droit aux faits en cause par le GC soulève une question à l'égard de laquelle « le droit et les faits ne peuvent être aisément dissociés » : *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 51.

[30] Les questions c. et d. ont trait à l'équité procédurale et seront assujetties à la norme de la décision correcte : *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502, au paragraphe 79; *Exeter c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 251, au paragraphe 31.

[31] Issue e. requires the review of a decision of the GIC. The Federal Court of Appeal has established that such decisions are reviewed on a standard of reasonableness: *Oberlander* (2004), above, at paragraph 55; *Oberlander* (2009), above, at paragraph 12; *League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, [2012] 2 F.C.R. 312 ([hereinafter referred to as] *Odynsky*), at paragraphs 83–91.

[32] Issues f. and g. raise questions of law for the Court to determine and no standard of review applies.

[33] When reviewing a decision on the standard of reasonableness, the analysis will be concerned with “the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process [and also with] whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law”: see *Dunsmuir*, above, at paragraph 47; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59. Put another way, the Court should intervene only if the decision was unreasonable in the sense that it falls outside the “range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law”.

VI. STATUTORY PROVISIONS

Order in cases of fraud

10. (1) Subject to section 18 but notwithstanding any other section of this Act, where the Governor in Council, on a report from the Minister, is satisfied that any person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship under this Act by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances,

(a) the person ceases to be a citizen, or

(b) the renunciation of citizenship by the person shall be deemed to have had no effect, as of such date as may be fixed by order of the Governor in Council with respect thereto.

[31] La question e. exige l’examen d’une décision du GC. La Cour d’appel fédérale a décidé que c’est la norme de la raisonabilité qui s’applique dans ce cas : *Oberlander* (2004), précité, au paragraphe 55; *Oberlander* (2009), précité, au paragraphe 12; *Ligue des droits de la personne de B’nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307, [2012] 2 R.C.F. 312 ([ci-après appelé] *Odynsky*), aux paragraphes 83 à 91.

[32] Les questions f. et g. soulèvent des questions de droit que la Cour doit trancher et aucune norme de contrôle ne s’applique.

[33] Lorsque la Cour effectue le contrôle d’une décision selon la norme de la décision raisonnable, son analyse porte sur « la justification de la décision, [...] la transparence et [...] l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi [que sur] l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » : voir *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2012] 2 R.C.S. 339, au paragraphe 59. Autrement dit, la Cour ne devrait intervenir que si la décision contestée est déraisonnable en ce sens qu’elle n’appartient pas « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit ».

VI. LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

10. (1) Sous réserve du seul article 18, le gouverneur en conseil peut, lorsqu’il est convaincu, sur rapport du ministre, que l’acquisition, la conservation ou la répudiation de la citoyenneté, ou la réintégration dans celle-ci, est intervenue sous le régime de la présente loi par fraude ou au moyen d’une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, prendre un décret aux termes duquel l’intéressé, à compter de la date qui y est fixée :

Décret en cas de fraude

a) soit perd sa citoyenneté;

b) soit est réputé ne pas avoir répudié sa citoyenneté.

Presumption (2) A person shall be deemed to have obtained citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances if the person was lawfully admitted to Canada for permanent residence by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances and, because of that admission, the person subsequently obtained citizenship.

Présomption (2) Est réputée avoir acquis la citoyenneté par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels la personne qui l'a acquise à raison d'une admission légale au Canada à titre de résident permanent obtenue par l'un de ces trois moyens.

VII. ARGUMENT

A. Applicant

(1) Legal Test for the Defence of Duress

[34] The applicant agrees that the *Ramirez* test is the correct approach to evaluating duress in immigration law. However, the applicant says that the Minister erred in his application by evaluating whether the imminent harm feared by the applicant was established at a standard of certainty. The Minister should have considered whether a reasonable person in the applicant's position would have perceived an imminent harm.

[35] The applicant says this failure is in part due to the Minister's belief that the Guidelines are a reflection of the jurisprudence on duress. The applicant argues that the Guidelines remove the consideration of the reasonable person test, and this has resulted in an improper determination.

[36] The applicant also says that the criminal law defence of duress should apply to the GIC's determination because the defence is based on the principle of moral blameworthiness in both criminal law and immigration law. The criminal law provides that the elements of duress are evaluated on a modified objective standard; that is, one that considers a similarly-situated reasonable person: *R. v. Ryan*, 2013 SCC 3, [2013] 1 S.C.R. 14 (*Ryan*). Again, under the criminal law analysis, the applicant says that the Minister considered whether a threat did or did not exist, rather than what

VII. LES ARGUMENTS

A. Le demandeur

1) Le critère juridique relatif au moyen de défense fondé sur la contrainte

[34] Le demandeur convient qu'il faut appliquer le critère établi dans l'arrêt *Ramirez* pour évaluer la contrainte en droit de l'immigration. Il affirme cependant que le ministre a commis une erreur dans son application en déterminant si le préjudice imminent que le demandeur craignait avait été établi avec une certaine certitude. Le ministre aurait dû examiner la question de savoir si une personne raisonnable se trouvant dans la situation du demandeur aurait perçu un préjudice imminent.

[35] Le demandeur affirme que cette omission est attribuable en partie au fait que le ministre croyait que les lignes directrices reflétaient la jurisprudence sur la contrainte. Il fait valoir que les lignes directrices éliminent le critère de la personne raisonnable, ce qui a mené à une décision incorrecte.

[36] Le demandeur affirme aussi que le moyen de défense fondé sur la contrainte qui existe en droit criminel devrait s'appliquer à la décision du GC parce qu'il repose sur le principe de la culpabilité morale à la fois selon le droit criminel et selon le droit de l'immigration. Le droit criminel prévoit que la contrainte est évaluée en fonction d'une norme objective modifiée, c'est-à-dire une norme qui tient compte d'une personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire : *R. c. Ryan*, 2013 CSC 3, [2013] 1 R.C.S. 14 (*Ryan*). Le demandeur affirme une nouvelle fois que le ministre s'est demandé

a reasonable person in the applicant's position would have perceived.

[37] The applicant says the Minister also erred in his examination of whether the applicant had a safe avenue of escape. The proper consideration was whether the applicant could have escaped without undue danger: *Hibbert*, above. The personal circumstances of the accused should be taken into account when making this determination: *Hibbert*, above, at paragraph 62; *Ruzic*, above, at paragraph 40; *R. v. Arsenault*, 2009 NBPC 44, 354 N.B.R. (2d) 200, at paragraph 60. A reasonable course of action to avoid imminent harm does not require heroics: *Ruzic*, above, at paragraph 40.

[38] The Report finds at various points that Mr. Oberlander's periods of leave provided him with an opportunity to desert. The applicant says that this analysis fails to consider the evidence that the applicant put forward concerning the reasonableness of his belief that he could not desert or escape from Ek 10a, including (applicant's record, at page 63):

- i. Mr. Oberlander was 17 years old and had recently finished grade 10 when he was initially taken by the German forces. He was working in a factory, helping to support his family and saving money for medical school. His father was deceased;
- ii. According to a recent understanding of international law principles, forced conscription at age 17 is considered a violation of international human rights principles. The ILO [International Labour Organization] considers it to be a form of child slavery;
- iii. Members of Mr. Oberlander's family had been forcibly taken by Stalin's NKVD. The family believed they had been murdered;
- iv. Mr. Oberlander was the lone male remaining alive in his immediate family;
- v. It was the middle of the Second World War;

si une menace existait ou n'existait pas, au lieu de ce qu'une personne raisonnable se trouvant dans sa situation aurait perçu.

[37] Le demandeur avance que le ministre a aussi commis une erreur à l'égard de la question de savoir s'il avait un moyen de s'en sortir sans danger. À cet égard, il fallait déterminer si le demandeur aurait pu s'en sortir sans danger excessif : *Hibbert*, précité. La situation personnelle de l'accusé devrait être prise en considération à cette fin : *Hibbert*, précité, au paragraphe 62; *Ruzic*, précité, au paragraphe 40; *R. c. Arsenault*, 2009 NBPC 44, 354 R.N.-B. (2^e) 200, au paragraphe 60. Un moyen raisonnable d'éviter un préjudice imminent n'exige pas un acte de bravoure : *Ruzic*, précité, au paragraphe 40.

[38] Le rapport souligne à différents endroits que M. Oberlander aurait pu désertier pendant ses permissions. Le demandeur affirme que cette analyse ne tient pas compte de la preuve qu'il a présentée concernant le caractère raisonnable de sa conviction qu'il ne pouvait pas désertier ou s'échapper de l'unité Ek 10a, notamment les éléments suivants (dossier du demandeur, à la page 63) :

- i. il était âgé de 17 ans et venait tout juste de terminer sa 10^e année lorsqu'il a été enrôlé par les forces allemandes. Il travaillait dans une usine dans le but d'aider sa famille et d'économiser de l'argent pour faire des études de médecine. Son père était décédé;
- ii. selon une interprétation récente des principes de droit international, l'enrôlement forcé à l'âge de 17 ans est considéré comme une violation des principes internationaux en matière de droits de la personne. L'OIT (Organisation internationale du travail) estime qu'il s'agit d'une forme d'esclavage d'enfants;
- iii. des membres de sa famille avaient été enrôlés de force par le NKVD de Staline. La famille croyait qu'ils avaient été assassinés;
- iv. il était le seul homme de sa famille immédiate encore vivant;
- v. les faits se sont passés au milieu de la Deuxième Guerre mondiale;

- vi. Mr. Oberlander was ordered to act as an interpreter for the German forces. His mother was distraught and had nearly fainted when told he had to go. He himself described it as being “kidnapped” by the German forces;
- vii. Mr. Oberlander was told of an incident in which a deserting German soldier had been executed. He was informed that if he tried to escape, he would be shot;
- viii. The anti-German partisans were known to execute members of the German forces they captured.

The applicant says that the Minister’s failure to consider these submissions shows a misunderstanding of the legal criteria.

(2) Applicant’s Periods of Absence From Ek 10a

[39] The applicant argues that the Minister improperly relied on his periods of leave to find that he was not always under duress. The applicant points to four specific references.

[40] First, the applicant says the only period of time relevant to the issue of complicity, and so also to the issue of duress, is the time during which a person is involved with an organization with a brutal and limited purpose: *Nagamany v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1554. The Minister erred by referring to a period of leave that allegedly took place one month after he left Ek 10a and when he was with a regular combat unit of the German forces. This period of time is irrelevant to the applicant’s complicity in the crimes committed by Ek 10a and whether or not he could have deserted.

[41] Second, the applicant says that the Minister erred by relying on a period of leave that Justice MacKay said was unlikely to have taken place. Mr. Huebert, a Crown witness, testified that he and Mr. Oberlander drove to Halbstadt on a period of leave in May 1942. Justice MacKay found, “[i]t is unlikely that [Mr. Oberlander] travelled to Halbstadt with Mr. Huebert at least at the time Huebert suggests, in May 1942, since this would have been after Mr. Oberlander’s mother and family had

- vi. il lui a été ordonné d’agir comme interprète pour les forces allemandes. Sa mère était atterrée et a presque perdu connaissance lorsqu’elle a appris qu’il devait partir. Selon lui, il a été [TRADUCTION] « enlevé » par les forces allemandes;
- vii. on lui a parlé d’un incident au cours duquel un déserteur allemand avait été exécuté. On lui a dit qu’il serait abattu s’il tentait de s’échapper;
- viii. les partisans anti-allemands étaient connus pour exécuter les membres des forces allemandes qu’ils capturaient.

Le demandeur affirme que le fait que le ministre n’a pas pris ces éléments en considération montre qu’il ne comprend pas bien le critère juridique.

2) Les permissions du demandeur de l’unité Ek 10a

[39] Le demandeur soutient que le ministre s’est appuyé de manière inappropriée sur ses permissions pour conclure qu’il n’agissait pas toujours sous l’effet de la contrainte et ce, pour quatre raisons précises.

[40] Premièrement, le demandeur indique que la seule période pertinente au regard de la question de la complicité — et aussi de la question de la contrainte — est celle pendant laquelle une personne a des liens avec une organisation ayant des fins brutales et limitées : *Nagamany c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 1554. Le ministre a commis une erreur en faisant référence à une permission qui aurait eu lieu un mois après que le demandeur a quitté l’unité Ek 10a, alors qu’il faisait partie d’une unité de combat régulière des forces allemandes. Cette période n’est pas pertinente au regard de la complicité du demandeur dans les crimes commis par l’unité Ek 10a et de la question de savoir s’il aurait pu désertier ou non.

[41] Deuxièmement, le demandeur affirme que le ministre a commis une erreur en s’appuyant sur une permission qui, selon le juge MacKay, n’avait probablement pas eu lieu. Un témoin de la Couronne, M. Huebert, a affirmé dans son témoignage que lui et M. Oberlander s’étaient rendus en voiture à Halbstadt lors d’une permission en mai 1942. Le juge MacKay a conclu : « Il est donc peu probable [que M. Oberlander] se soit rendu à Halbstadt avec M. Huebert, à tout le moins au moment

left town”: *Oberlander* (2000), above, at paragraph 23. The Minister erred by finding the applicant’s voluntary return from this alleged leave negated the existence of an imminent, real, inevitable harm.

[42] Third, the applicant says that the Minister erred by misstating the evidence. The Report points to findings by Justice MacKay that Mr. Oberlander had numerous opportunities to desert because he was on leave many times, and, at times, for several weeks. The applicant says a review of the paragraphs the Minister cites makes clear that Justice MacKay never found that he had numerous opportunities to desert.

[43] Fourth, the applicant says that the Minister’s assertion that the time Mr. Oberlander spent guarding a barge as a solitary soldier meant that he was not under duress during the duration of his service with Ek 10a is both unreasonable and a misunderstanding of the law on duress. The Minister erred by suggesting that the harm feared must be constant to establish duress. In the applicant’s circumstances, the harm would have arisen if he had attempted to escape or desert.

[44] The applicant argues that desertion punishable by execution satisfies the imminent harm element, as well as the proportionality in the harm inflicted and avoided in the duress analysis: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Asghedom*, 2001 FCT 972, 210 F.T.R. 294 (*Asghedom*). A future harm can satisfy the imminent harm element: *Asghedom*, above; *Ryan*, above. In *Ruzic*, above, the Court found an imminent threat of harm despite the fact that Ms. Ruzic travelled far from her attacker and months had passed between the threat and her criminal act.

indiqué par ce dernier, soit en mai 1942, puisqu’à ce moment-là la mère et la famille de M. Oberlander avaient quitté la ville » : *Oberlander* (2000), précitée, au paragraphe 23. Le ministre a commis une erreur en concluant qu’il n’existait pas un préjudice imminent, réel et inévitable parce que le demandeur était retourné volontairement à son unité après cette présumée permission.

[42] Troisièmement, le demandeur affirme que le ministre a commis une erreur en exposant la preuve de manière incorrecte. Le rapport souligne les conclusions tirées par le juge MacKay selon lesquelles M. Oberlander avait eu maintes occasions de désertier car il avait été en permission à de nombreuses reprises, parfois pendant plusieurs semaines. Selon le demandeur, il ressort clairement d’une lecture des paragraphes cités par le ministre que le juge MacKay n’a jamais conclu qu’il avait eu maintes occasions de désertier.

[43] Quatrièmement, le demandeur soutient que l’affirmation du ministre voulant qu’il n’ait pas agi sous l’effet de la contrainte pendant toute la durée de son service au sein de l’unité Ek 10a vu qu’il avait passé du temps à garder seul un chaland est déraisonnable et révèle une mauvaise compréhension des règles de droit relatives à la contrainte. Le ministre a commis une erreur en laissant entendre que le préjudice craint par le demandeur devait être constant pour qu’il y ait contrainte. Dans le cas du demandeur, le préjudice aurait pris naissance s’il avait tenté de s’échapper ou de désertier.

[44] Le demandeur prétend que le fait que la désertion est passible d’exécution satisfait à l’élément relatif au préjudice imminent, ainsi qu’à l’élément de proportionnalité concernant le préjudice causé et évité dans le cadre de l’analyse de la contrainte : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Asghedom*, 2001 CFPI 972 (*Asghedom*). Un préjudice futur peut satisfaire à l’élément relatif au préjudice imminent : *Asghedom*, précitée; *Ryan*, précité. Dans l’arrêt *Ruzic*, précité, la Cour suprême a conclu à l’existence d’une menace imminente de préjudice, en dépit du fait que M^{me} Ruzic avait déménagé loin de son agresseur et que des mois s’étaient écoulés entre la menace et son acte criminel.

[45] The applicant says that the testimony before Justice MacKay established that the penalty for desertion or disobedience was death. Further, recent reports confirm that approximately 20 000 German soldiers were executed during World War II for desertion. The fact that desertion was punishable by death clearly establishes the close temporal connection to the harm feared.

[46] Mr. Oberlander was never outside of German-occupied territory during his time with Ek 10a. Leaving his unit on an authorized leave and remaining at his solitary post could not result in execution for desertion. However, if Mr. Oberlander had not returned or had deserted his post, he would have put himself at risk of being executed. This would have placed the applicant in close temporal connection to the harm threatened. The law does not require heroics, and the applicant was not required to show that he risked his life to escape the German forces: *Ruzic*, above, at paragraph 40; *Ramirez*, above. The applicant says the Minister failed to consider where he could have fled to in a Europe largely occupied by German forces.

[47] The applicant also argues that the Minister is wrong in relying on the Nuremberg Report. The Nuremberg Report refers to leaders, while the Supreme Court has said that different standards should be applied to individuals of different ranks: *Finta*, above, at paragraph 24. There is no evidence that a person of Mr. Oberlander's rank could have sought a transfer or asked to be discharged. The Nuremberg Report cannot be used to establish the reasonableness of Mr. Oberlander's perceptions and has no evidentiary value.

(3) Failure to Disclose the Final Report

[48] The applicant says that the Minister's failure to disclose the final Report and provide him with an opportunity to respond is a breach of procedural fairness. The requirements of procedural fairness vary in accordance with a number of factors, including the

[45] Le demandeur affirme que le témoignage produit devant le juge MacKay démontrait que la désertion ou la désobéissance étaient passibles de la peine de mort. En outre, des reportages récents confirment qu'environ 20 000 soldats allemands ont été exécutés pour cause de désertion pendant la Deuxième Guerre mondiale. Le fait que la désertion était passible de la peine de mort montre clairement le lien temporel étroit existant avec le préjudice craint par le demandeur.

[46] M. Oberlander n'est jamais sorti du territoire occupé par l'Allemagne pendant son service au sein de l'unité Ek 10a. Le fait de quitter son unité après avoir obtenu une permission et le fait de demeurer à son poste en solitaire ne pouvaient pas entraîner une exécution pour désertion. Toutefois, si M. Oberlander n'était pas revenu à son unité ou avait déserté son poste, il se serait mis dans une position où il risquait d'être exécuté, de sorte qu'il y aurait eu un lien temporel étroit avec le préjudice appréhendé. Le droit n'exige pas des actes de bravoure, et le demandeur n'était pas tenu de démontrer qu'il avait risqué sa vie pour échapper aux forces allemandes : *Ruzic*, précité, au paragraphe 40; *Ramirez*, précité. Le demandeur affirme que le ministre a omis de prendre en considération les endroits où il aurait pu s'enfuir dans une Europe largement occupée par les forces allemandes.

[47] Le demandeur prétend également que le ministre a tort de s'appuyer sur le rapport de Nuremberg. Ce document concerne des dirigeants, alors que la Cour suprême a indiqué que des normes différentes devaient être appliquées à des personnes occupant différents rangs : *Finta*, précité, au paragraphe 24. Rien n'indique qu'une personne du rang de M. Oberlander aurait pu solliciter un transfert ou une dispense. Le rapport de Nuremberg ne peut pas être utilisé pour démontrer le caractère raisonnable des perceptions de M. Oberlander et il n'a aucune valeur probante.

3) Le défaut de communiquer le rapport final

[48] Le demandeur soutient que le défaut du ministre de communiquer le rapport final et de lui donner la possibilité d'y répondre constitue un manquement à l'équité procédurale. Les exigences de l'équité procédurale varient en fonction d'un certain nombre de facteurs,

importance of the decision to the person concerned. Citizenship revocation engages Charter rights and other highly important issues: *Odynsky*, above, at paragraph 80.

[49] Procedural fairness requires that a party know the case he or she has to meet and be given a chance to respond to it: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*); *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350. The Federal Court of Appeal has held that it is a breach of the duty of fairness not to provide a person subject to the danger opinion process with the Minister's Report and an opportunity to respond: *Bhagwandass v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 49, [2001] 3 F.C. 3, at paragraph 35.

[50] The applicant says the final Report contains new legal arguments and case law, to which the applicant was unable to respond. These include:

- The Minister's explanation that he used the word "rumours" to refer to the fact that an assertion was based on hearsay and little weight should be afforded to it;
- The Minister's claim that the newspaper reports relied on by the applicant are less reliable evidentiary sources;
- The Minister's use of case law not disclosed to the applicant for the proposition that there is no authority to establish that the possibility of death for desertion is a *carte blanche* excuse for participation in the commission of atrocities;
- The Minister's use of a case in which the defence of duress was rejected because the perceived threat resulted from a policy of terror that the accused willingly and actively participated in;

dont l'importance de la décision pour la personne concernée. La révocation de la citoyenneté fait entrer en jeu des droits garantis par la Charte ainsi que d'autres facteurs très importants : *Odynsky*, précité, au paragraphe 80.

[49] L'équité procédurale exige qu'une partie connaisse la preuve qu'elle devra réfuter et ait la possibilité d'y répondre : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*); *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350. La Cour d'appel fédérale a statué qu'il y a manquement à l'équité procédurale lorsque le rapport du ministre n'est pas communiqué à la personne qui en fait l'objet et que celle-ci n'a pas la possibilité d'y répondre : *Bhagwandass c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 49, [2001] 3 C.F. 3, au paragraphe 35.

[50] Le demandeur affirme que le rapport final renferme de nouveaux arguments juridiques et de nouvelles décisions judiciaires auxquels il n'a pas eu la possibilité de répondre. En voici quelques-uns :

- l'explication donnée par le ministre au sujet de son emploi du terme [TRADUCTION] « rumeurs » relativement au fait qu'une affirmation était fondée sur du oui-dire et que peu de poids devait lui être accordé;
- la prétention du ministre selon laquelle les reportages publiés dans les journaux qui étaient invoqués par le demandeur sont des sources de preuve moins fiables;
- l'utilisation, par le ministre, de décisions judiciaires qui n'avaient pas été divulguées au demandeur concernant la proposition selon laquelle aucun précédent n'établit que le risque d'être tué en cas de désertion est une carte blanche et excuse la participation à la perpétration d'atrocités;
- l'utilisation, par le ministre, d'une décision dans laquelle le moyen de défense fondé sur la contrainte a été rejeté parce que la perception de la menace résultait d'une politique de terreur à

- The Minister's claim that the applicant has changed his position on the age he was conscripted from what he testified to before Justice MacKay, and what he submitted to the Minister;
- The Minister's suggestion that the evidence submitted to the GIC is outside of the existing record and impermissible.

The applicant argues that as a result of his inability to respond to these new submissions, the GIC's decision is based on the Minister's erroneous submissions.

(4) Oral Interview Required

[51] The applicant submits that the Report, and the GIC decision, is based, in part, on a negative credibility assessment of the applicant. When credibility is in issue, procedural fairness, paragraph 2(e) of the Bill of Rights, and section 7 of the Charter require that an oral interview be held: see *Singh et al. v Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pages 213–214; *Baker*, above. The applicant says that he was denied procedural fairness because he was not provided with an oral interview.

(5) Unreasonable Decision

[52] The applicant submits that the GIC decision is unreasonable for several reasons (applicant's record, at pages 81–82):

- It partially relies on facts to find complicity which occurred after the Applicant was a forced conscript with Ek 10a;
- It applies the wrong standard for the assessment of duress;
- It ignores the evidence of government witnesses;
- It appears to suggest that evidence outside the record before Justice MacKay on the reference should be ignored;

laquelle l'accusé avait volontairement et activement participé;

- la prétention du ministre selon laquelle le demandeur avait changé sa position concernant l'âge auquel il avait été enrôlé par rapport à son témoignage devant le juge MacKay et aux prétentions qu'il avait présentées au ministre;
- la prétention du ministre laissant entendre que la preuve présentée au GC ne se trouve pas dans le dossier et n'est pas admissible.

Le demandeur prétend que, compte tenu du fait qu'il n'a pas pu répondre à ces nouvelles observations, la décision du GC repose sur les observations erronées du ministre.

4) L'obligation de tenir une entrevue

[51] Le demandeur soutient que le rapport, de même que la décision du GC, sont fondés en partie sur une évaluation défavorable de sa crédibilité. Lorsque la crédibilité est en cause, l'équité procédurale, l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits et l'article 7 de la Charte exigent qu'une entrevue ait lieu : voir *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pages 213 et 214; *Baker*, précité. Le demandeur soutient qu'il n'a pas eu droit à l'équité procédurale parce qu'il n'a pas eu une entrevue.

5) Le caractère déraisonnable de la décision

[52] Le demandeur soutient que la décision du GC est déraisonnable pour différentes raisons (dossier du demandeur, aux pages 81 et 82) :

- pour conclure à la complicité, elle se fonde en partie sur des faits qui sont survenus après que le demandeur a été un membre enrôlé de force dans l'unité Ek 10a;
- elle applique la mauvaise norme à l'évaluation de la contrainte;
- elle ne tient pas compte des dépositions des témoins du gouvernement;
- elle semble laisser entendre que la preuve dont le juge MacKay ne disposait pas relativement au renvoi ne devrait pas être prise en considération;

- It misunderstands and misstates case law; and
- It refers to the fact of the execution of deserters from the German forces as mere rumour.

B. Respondent

(1) Legal Test for Defence of Duress

[53] The respondent agrees that the legal test for the defence of duress was established by *Ramirez* and confirmed by the Federal Court of Appeal in *Oberlander* (2009), above. The three elements of the test are conjunctive; a failure to meet one of the elements is fatal to establishing the defence of duress: *Belalcazar v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FC 1013, 395 F.T.R. 291, at paragraph 19. The burden of establishing duress lies on the applicant: *Jimenez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1231, at paragraphs 16, 18–21.

[54] The respondent points to five errors in the applicant’s submissions regarding the Minister’s duress analysis (respondent’s record, at pages 33–35):

- The Applicant misconstrues the test by focusing exclusively on the imminent peril element of the defence on duress in immigration law, and the safe avenue of escape under criminal law;
- The Federal Court of Appeal has already confirmed that the Guidelines are reflective of its jurisprudence: *Oberlander* (2009), above;
- The Report properly considered the perspective of a similarly-situated reasonable person in Mr. Oberlander’s position;
- Despite the Applicant’s argument before the Court that the reasonable person consideration is determinative, this was not emphasized in the Applicant’s earlier submissions or reply; and
- The Applicant improperly relies on an isolated statement from *Ruzic*: “the law is designed for the common man, not for a community of saints or heroes” (above, at para 40).

- elle traduit une mauvaise compréhension de la jurisprudence et décrit celle-ci de manière erronée;
- elle fait état de l’exécution de déserteurs des forces allemandes comme d’une simple rumeur.

B. Le défendeur

1) Le critère juridique relatif au moyen de défense fondé sur la contrainte

[53] Le défendeur convient que le critère juridique relatif au moyen de défense fondé sur la contrainte a été établi dans l’arrêt *Ramirez* et confirmé par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Oberlander* (2009), précité. Le critère comporte trois éléments qui sont cumulatifs; le défaut de satisfaire à l’un d’eux est fatal quant à la preuve de la contrainte : *Belalcazar c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CF 1013, au paragraphe 19. Il incombe au demandeur de faire la preuve de la contrainte : *Jimenez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1231, aux paragraphes 16 et 18 à 21.

[54] Le défendeur relève cinq erreurs dans les observations du demandeur concernant l’analyse de la contrainte effectuée par le ministre (dossier du demandeur, aux pages 33 à 35) :

- le demandeur a mal interprété le critère en se préoccupant uniquement de l’élément de danger imminent du moyen de défense fondé sur la contrainte qui existe en droit de l’immigration et de l’existence d’un moyen de s’en sortir sans danger selon le droit criminel;
- la Cour d’appel fédérale a déjà confirmé que les lignes directrices reflètent sa jurisprudence : *Oberlander* (2009), précité;
- le rapport a tenu compte à juste titre du point de vue d’une personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire à celle de M. Oberlander;
- le demandeur a prétendu devant la Cour que le point de vue d’une personne raisonnable était déterminant, mais il n’avait pas insisté sur ce point dans ses observations ou sa réponse précédentes;
- le demandeur s’est appuyé de manière incorrecte sur des propos formulés dans *Ruzic* qu’il a sortis de leur contexte : « La loi est conçue pour s’appliquer aux personnes

This ignores the Court's further comments regarding the fortitude and resistance an accused is expected to demonstrate.

Contrary to the applicant's assertions, the respondent says that the Report properly analysed whether the applicant had established that he met the duress criteria.

[55] The respondent highlights the Report's consideration of whether Mr. Oberlander faced an imminent threat of harm, focusing on: the length of Mr. Oberlander's service; the fact that he returned from many periods of leave; his time stationed as a solitary guard for three to four weeks; and, the lack of evidence that he was ever mistreated.

[56] The periods of leave were established by the evidence that was before Justice MacKay (*Oberlander* (2000), above, at paragraphs 73 and 158) and the applicant does not dispute his time spent as a solitary guard. The respondent also says that the evidence shows that some of the time that Mr. Oberlander spent with a regular combat group was in conjunction with Ek 10a. As such, the applicant is wrong in arguing that the Report considers periods of leave after Mr. Oberlander left Ek 10a. The applicant is also wrong in saying Justice MacKay found the leave alleged by Mr. Huebert to have taken place in May 1942 did not take place.

[57] The applicant provides no evidence to dispute the finding of the Nuremberg Report that members of Ek 10a had the ability to ask for transfers. The respondent says that the applicant's assertion that he believed he would be killed if he deserted is insufficient to establish imminent peril: *Equizabal*, above. Failure to desert while on leave is indicative of a lack of an imminent threat: *Equizabal*, above. The respondent also relies on *Valle Lopes*, above, in which the Court upheld the finding that the applicant in that case was not under constant watch and could have escaped, even if it would have placed him in grave danger (at paragraph 108).

ordinaires et non à une collectivité de saints ou de héros » (précité, au paragraphe 40). Il n'a pas ainsi tenu compte des remarques formulées ensuite par la Cour suprême au sujet du courage et de la résistance qu'un accusé devrait démontrer.

Contrairement à ce qu'affirme le demandeur, le défendeur soutient que le rapport analyse correctement la question de savoir si le demandeur a établi qu'il satisfaisait au critère relatif à la contrainte.

[55] Le défendeur fait ressortir l'examen, contenu dans le rapport, de la question de savoir si M. Oberlander était exposé à une menace imminente de préjudice, en mettant l'accent sur la durée du service de M. Oberlander, sur le fait qu'il a repris son service après de nombreuses permissions, sur le fait qu'il a passé de trois à quatre semaines seul et sur l'absence de preuve démontrant qu'il avait déjà été maltraité.

[56] Les permissions ont été établies par la preuve présentée au juge MacKay (*Oberlander* (2000), précitée, aux paragraphes 73 et 158) et le demandeur ne conteste pas le temps qu'il a passé à titre de garde solitaire. Le défendeur affirme aussi que la preuve montre que M. Oberlander a passé un certain temps au sein d'un groupe de combat régulier alors qu'il faisait encore partie de l'unité Ek 10a. En conséquence, le demandeur a tort lorsqu'il prétend que le rapport tient compte de ses permissions après qu'il a quitté l'unité Ek 10a. Il a tort également lorsqu'il affirme que le juge MacKay a conclu que la permission qui, selon M. Huebert, aurait eu lieu en mai 1942 n'a jamais eu lieu.

[57] Le demandeur ne produit aucune preuve afin de contester la conclusion du rapport de Nuremberg selon laquelle les membres de l'unité Ek 10a pouvaient demander des transferts. Le défendeur soutient que l'affirmation du demandeur selon laquelle il croyait qu'il serait tué s'il désertait est insuffisante pour établir un danger imminent : *Equizabal*, précité. Le défaut de désertir pendant une permission indique l'absence de menace imminente : *Equizabal*, précité. Le défendeur s'appuie aussi sur la décision *Valle Lopes*, précitée, où la Cour a confirmé la conclusion selon laquelle le demandeur n'était pas constamment sous surveillance et aurait pu prendre la fuite, même si cela l'avait exposé à un grave danger (au paragraphe 108).

[58] The applicant's reliance on *Asghedom*, above, is improper. In that case, there was no evidence that the applicant had any leave opportunities, and there was documentary evidence showing that the penalty for desertion was death. There is no such evidence to support the applicant's claim of duress.

[59] Collectively, the evidence invalidates the applicant's contention that he was in imminent danger.

[60] The applicant also failed to establish that his time with Ek 10a was inconsistent with his will. The respondent highlights the following facts as establishing that Mr. Oberlander's service was consistent with his will (respondent's record, at pages 41–42):

- There is no conclusive finding that the Applicant was conscripted;
- The Applicant was promoted and received a medal recognizing his service;
- The *Nuremberg Report* says that uncooperative or unwilling individuals could have sought a transfer or a discharge;
- There is no evidence the Applicant ever sought a discharge, or a transfer, or that he considered desertion;
- The Applicant always returned to his duties after his periods of leave;
- There is no evidence that he found Ek 10a's activities abhorrent; and
- The Applicant joined his mother's application for German citizenship.

[61] The applicant also failed to establish that he met the proportionality element. He has not presented evidence to show that the harm caused to the victims of Ek 10a was less than the possible harm he would have faced. There is no factual foundation for the applicant's assertion that Ek 10a members faced death if they disobeyed an order or tried to leave.

[58] Le demandeur ne devrait pas s'appuyer sur la décision *Asghedom*, précitée. Dans cette affaire, la preuve ne démontrait pas que le demandeur aurait pu quitter l'armée et la preuve documentaire établissait que la désertion était passible de la peine de mort. Or, il n'y a pas une preuve de ce genre qui étaye la thèse du demandeur relative à la contrainte.

[59] Collectivement, la preuve invalide l'affirmation du demandeur selon laquelle il courait un danger imminent.

[60] Le demandeur n'a pas non plus établi que son service au sein de l'unité Ek 10a ne découlait pas de sa volonté. Le défendeur fait ressortir les faits suivants, qui établissent que le service de M. Oberlander était conforme à ce qu'il voulait (dossier du défendeur, aux pages 41 et 42) :

- il n'y a aucune conclusion ayant force de chose jugée selon laquelle le demandeur a été enrôlé;
- le demandeur a obtenu une promotion et a reçu une médaille en reconnaissance de son service;
- le rapport de Nuremberg indique que les personnes qui ne collaboraient pas ou qui refusaient d'exécuter des tâches pouvaient demander un transfert ou une dispense;
- la preuve n'indique pas que le demandeur a déjà demandé une dispense ou un transfert ou qu'il a envisagé de désertier;
- le demandeur est toujours retourné à ses fonctions après ses permissions;
- la preuve n'indique pas que le demandeur trouvait odieuses les activités de l'unité Ek 10a;
- le demandeur s'est joint à la demande de citoyenneté allemande de sa mère.

[61] En outre, le demandeur n'a pas établi qu'il satisfaisait à l'élément de proportionnalité. Il n'a pas présenté de preuve démontrant que le préjudice causé aux victimes de l'unité Ek 10a était moins grave que celui auquel il aurait été exposé. L'affirmation du demandeur selon laquelle les membres de l'unité Ek 10a pouvaient être tués s'ils désobéissaient à un ordre ou essayaient de s'enfuir n'a aucun fondement factuel.

[62] In response to the applicant's reliance on the criminal law of duress, the respondent says that the jurisprudence has held that "proceedings under section 18 of the *Citizenship Act* must be analysed in the context of principles and policies underlying immigration and citizenship law, and not in the criminal law context": *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Copeland*, [1998] 2 F.C. 493 (T.D.), quoted in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Oberlander*, 1997 CanLII 5898, 155 D.L.R. (4th) 481 (F.C.T.D.), at paragraph 26.

[63] Notwithstanding this direction from the Court, the applicant does not meet the criminal law test established in *Ryan*, above. The applicant relies on unsubstantiated evidence to establish a threat. One's subjective belief is not determinative, and the possibility of death for desertion does not excuse the commission of atrocities: *Valle Lopes*, above, at paragraph 107. There also must be a close temporal connection between the threat and the harm threatened: *Ryan*, above, at paragraphs 66–67. The applicant asserts that the harm can be future-based, but in *Caballero*, above, the Court rejected the argument that imminent harm could be continuous and lacked a temporal limitation (at paragraphs 30–31). The applicant cannot meet the proportionality element of the *Ryan* test because there is no evidence of a threat against him: *Arica v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FC 907, 276 F.T.R. 124, at paragraph 25. The respondent also disputes the applicant's contention that the Report failed to consider his personal circumstances. The Report considered Mr. Oberlander's age, level of maturity, and his level of education.

(2) No Right to Reply to the Final Report

[64] The respondent argues that there was no breach of procedural fairness in the preparation of the Report. The applicant was provided with a meaningful opportunity to present his case; he was provided with a draft copy of the Report, which contained the Minister's analysis on the issue of duress; he was provided with a meaningful opportunity to reply to the draft copy of the Report; and, the final Report merely addressed the

[62] En ce qui concerne le recours, par le demandeur, au droit criminel relatif à la contrainte, le défendeur affirme que la jurisprudence a statué que « la procédure prévue à l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté* doit être analysée dans le contexte des principes et des politiques qui sous-tendent les règles de droit relatives à l'immigration et à la citoyenneté, et non dans le contexte du droit criminel » : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Copeland*, [1998] 2 C.F. 493 (1^{re} inst.), cité dans la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Oberlander*, 1997 CanLII 5898 (C.F. 1^{re} inst), au paragraphe 26.

[63] Nonobstant cette orientation de la Cour, le demandeur ne satisfait pas au critère du droit criminel établi dans l'arrêt *Ryan*, précité. Il s'appuie sur une preuve non fondée pour établir une menace. Or, la conviction subjective d'une personne n'est pas déterminante et le risque de mort en cas de désertion n'excuse pas la perpétration d'atrocités : *Valle Lopes*, précitée, au paragraphe 107. Il doit aussi exister un lien temporel étroit entre les menaces et le préjudice éventuel : *Ryan*, précité, aux paragraphes 66 et 67. Le demandeur avance que le préjudice peut être prospectif, mais, dans la décision *Caballero*, précitée, la Cour a rejeté l'argument selon lequel le préjudice imminent pouvait être continu et ne pas être limité dans le temps (aux paragraphes 30 et 31). Le demandeur ne peut satisfaire à l'élément de proportionnalité du critère établi dans l'arrêt *Ryan* parce que rien ne permet de penser qu'une menace a été proférée à son endroit : *Arica c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CF 907, au paragraphe 25. Le défendeur conteste également l'affirmation du demandeur selon laquelle le rapport ne tient pas compte de sa situation personnelle. Or, le rapport a pris en compte l'âge de M. Oberlander, son degré de maturité et son niveau d'instruction.

2) Aucun droit de répondre au rapport final

[64] Le défendeur soutient qu'il n'y a pas eu manquement à l'équité procédurale dans le cadre de la rédaction du rapport. Le demandeur a eu une véritable occasion de faire valoir son point de vue; il a obtenu un projet de rapport, qui exposait l'analyse de la question de la contrainte effectuée par le ministre; il a eu une véritable occasion de répondre à ce projet; le rapport final faisait seulement état des prétentions présentées à cette fin par

applicant's reply submissions. The respondent says there is no duty on the Minister to provide his response to the applicant's reply submissions. The process requires finality at some point, and the applicant has not pointed to any case law establishing a right to reply to the Minister's final consideration of his reply submissions.

[65] The respondent also argues that the applicant has not established that the final portion of the Report contained new facts or arguments, or came to an unreasonable conclusion.

(3) No Right to an Oral Hearing

[66] The respondent submits that the applicant was not entitled to an oral hearing: see *Baker*, above, at paragraphs 23–27; *Boshra v. Canadian Association of Professional Employees*, 2011 FCA 98, 90 C.C.E.L. (3d) 89, at paragraph 15. The applicant had an oral hearing before the Federal Court, and the Act contemplates a paper process based on a written report produced following the hearing: Act, subsection 10(1); *Odynsky*, above. The applicant is not entitled to an oral hearing before the GIC, nor did he ever request an oral hearing.

[67] The importance of the decision to the applicant does not entitle him to an oral hearing. A paper process has been held to be sufficient in cases where a risk of torture is alleged: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraphs 113–123; *Lupsa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 311, at paragraphs 32–36.

[68] The respondent also disputes the applicant's contention that this case turns on credibility. The respondent says that the GIC did not make an adverse credibility finding against the applicant, but rather found his evidence unpersuasive. The applicant had the onus to present evidence showing that the defence of duress applied. The evidence he presented to establish duress was weighed against the evidence which indicated he was not under duress. Evidence from witnesses with a personal interest in the matter, lacking corroboration, or vague evidence may be given less weight: *Ventura*

le demandeur. Le défendeur soutient que le ministre n'est pas tenu de répondre à la réponse du demandeur. Le processus doit prendre fin à un moment donné et le demandeur n'a fait référence à aucune décision judiciaire établissant un droit de répondre à l'examen final fait par le ministre des observations qu'il a présentées en réponse.

[65] Le défendeur prétend en outre que le demandeur n'a pas établi que la dernière partie du rapport renfermait de nouveaux faits ou arguments ou qu'une conclusion déraisonnable y était tirée.

3) Le droit à une audience

[66] Le défendeur soutient que le demandeur n'a pas droit à une audience : voir *Baker*, précité, aux paragraphes 23 à 27; *Boshra c. Association canadienne des employés professionnels*, 2011 CAF 98, au paragraphe 15. Le demandeur a eu une audience devant la Cour fédérale, et la Loi permet un examen sur dossier fondé sur un rapport écrit produit à la suite de l'audience : paragraphe 10(1) de la Loi; *Odynsky*, précité. Le demandeur n'a pas droit à une audience devant le GC et il n'a jamais demandé la tenue d'une audience.

[67] L'importance de la décision pour le demandeur ne lui donne pas droit à une audience. Un examen sur dossier a été considéré comme suffisant même lorsqu'un risque de torture est allégué : *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, aux paragraphes 113 à 123; *Lupsa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 311, aux paragraphes 32 à 36.

[68] Par ailleurs, le défendeur n'est pas d'accord avec le demandeur lorsqu'il dit que la présente affaire porte essentiellement sur la crédibilité. Il affirme que le GC n'a pas tiré une conclusion défavorable relative à la crédibilité à l'encontre du demandeur, mais qu'il a plutôt jugé non convaincante la preuve de ce dernier. Le demandeur avait le fardeau de démontrer que le moyen de défense fondé sur la contrainte s'appliquait. La preuve qu'il a produite à cette fin a été mise en balance avec la preuve indiquant qu'il n'agissait pas sous l'effet de la contrainte. Or, une valeur probante plus faible peut

v. Canada (Citizenship and Immigration), 2010 FC 871, 90 Imm. L.R. (3d) 264, at paragraphs 21–23; *Ferguson v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1067, 74 Imm. L.R. (3d) 306 (*Ferguson*), at paragraph 27; *I.I. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 892, at paragraphs 20–21. The applicant’s evidence was reasonably found to be of insufficient probative value.

[69] Finally, the respondent says that the Bill of Rights is of no use to the applicant as fundamental justice has been held to have the same meaning as natural justice. The applicant also fails to establish how revoking Canadian citizenship for fraud or misrepresentation engages section 7 of the Charter, never mind how it actually breaches it.

C. Applicant’s Supplementary Written Submissions

(1) The Court has Jurisdiction to Hear Submissions on a New Issue

[70] The applicant submits that a new issue not previously raised can be argued to take advantage of a change in the law so long as a matter remains in the legal system: *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246 (*Wigman*); *R. v. Weir*, 1999 ABCA 275, 250 A.R. 73 (*Weir*).

[71] The applicant says that an important consideration for the Supreme Court of Canada in *Wigman* was the fact that the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, section 618 provided that an appeal could be made on any question of law, rather than any question upon which leave was granted. The applicant says that this wording is similar to the jurisdiction granted to the Federal Court under the *Federal Courts Act*. The applicant points specifically to paragraph 18.1(3)(a) and paragraph 18.1(4)(c) which respectively allow the Court to order a federal board, commission or other tribunal to do any act it has unlawfully failed or refused to do, and

être accordée à la preuve qui est présentée par un témoin ayant un intérêt personnel dans l’affaire, qui n’est pas corroborée ou qui manque de précisions : *Ventura c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 871, aux paragraphes 21 à 23; *Ferguson c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 1067 (*Ferguson*), au paragraphe 27; *I.I. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 892, aux paragraphes 20 et 21. On a jugé de manière raisonnable que la valeur probante de la preuve du demandeur n’était pas suffisante.

[69] Enfin, le défendeur affirme que la Déclaration des droits n’est pas utile au demandeur, car il ressort de la jurisprudence que la justice fondamentale a la même signification que la justice naturelle. De plus, le demandeur n’a pas démontré comment la révocation de la citoyenneté canadienne pour fraude ou fausse déclaration fait entrer en jeu l’article 7 de la Charte, peu importe la façon dont elle porte atteinte aux droits garantis par cette disposition.

C. Les observations écrites supplémentaires du demandeur

1) La Cour a compétence pour entendre des observations portant sur une nouvelle question

[70] Le demandeur soutient qu’une question qui n’a pas été soulevée précédemment peut être invoquée pour tirer profit d’une modification apportée au droit, dans la mesure où l’affaire est toujours en cours : *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246 (*Wigman*); *R. v. Weir*, 1999 ABCA 275, 250 A.R. 73 (*Weir*).

[71] Le demandeur fait valoir que l’un des facteurs importants dont la Cour suprême a tenu compte dans l’arrêt *Wigman* était le fait que l’article 618 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, prévoyait qu’un appel pouvait être interjeté sur toute question de droit, et non sur toute question pour laquelle l’autorisation avait été accordée. Il affirme que ce libellé est semblable aux dispositions de la *Loi sur les Cours fédérales* qui confère à la Cour sa compétence. Le demandeur mentionne expressément les alinéas 18.1(3)a) et 18.1(4)c), qui permettent respectivement à la Cour d’ordonner à l’office fédéral en cause d’accomplir tout acte qu’il a

also allow the Court to grant relief if satisfied that the board or tribunal erred in law, whether or not the error appears on the face of the record. There is no restriction limiting the Federal Court's jurisdiction to only those issues that are referenced in the applicant's initial submissions.

[72] The applicant submits that the issue of the revocation of his Canadian citizenship remains a live issue within the judicial system, and this Court has jurisdiction to consider arguments on the change in the law.

(2) The Change in Law

[73] In *Ramirez*, above, the Court found that complicity in international crimes, such as crimes against peace, war crimes and crimes against humanity, could be established on the basis of personal and knowing participation. Once it was determined that a group had committed international crimes, the assessment would consider whether the person concerned was complicit due to his or her knowledge of the crimes and agreement to their commission. If an organization was found to have a single, brutal purpose, membership alone was sufficient to establish *prima facie* proof of personal and knowing participation. This is the standard that the GIC used in determining that Mr. Oberlander was complicit in Ek 10a's criminal activities: Guidelines, section 7.2.

[74] The Supreme Court of Canada's recent decision in *Ezokola*, above, overrules this Federal Court of Appeal jurisprudence. The personal and knowing standard was rejected due to the lack of a link to the alleged crime or the criminal purposes of the organization. This test was replaced with a consideration of whether "an individual has voluntarily made a significant and knowing contribution to a group's crime or criminal purpose": *Ezokola*, above, at paragraph 8.

[75] Without deciding whether it provided a full account of Mr. Oberlander's activities with Ek 10a, Justice MacKay accepted Mr. Oberlander's description

illégalement omis ou refusé d'accomplir et d'accorder un redressement si elle est convaincue que l'office fédéral a commis une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier. La compétence de la Cour fédérale ne se limite pas aux questions mentionnées dans les observations initiales du demandeur.

[72] Le demandeur soutient que la question de la révocation de sa citoyenneté canadienne est une question qui est toujours en cours et que la Cour a la compétence voulue pour examiner des prétentions sur la modification apportée au droit.

2) La modification du droit

[73] Dans l'arrêt *Ramirez*, précité, la Cour d'appel fédérale a conclu que la complicité dans les crimes internationaux, comme les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, pouvait être établie sur la foi d'une participation personnelle et consciente. Une fois qu'il a été déterminé qu'un groupe a commis des crimes internationaux, il faut décider si la personne concernée en a été complice en raison de sa connaissance de ces crimes et de son consentement à leur perpétration. Si une organisation est considérée comme ayant seulement des fins brutales, l'appartenance à cette organisation est suffisante en soi pour prouver à première vue la participation personnelle et consciente. C'est la norme dont le GC s'est servi pour décider que M. Oberlander avait été complice des activités criminelles de l'unité Ek 10a : lignes directrices, au point 7.2.

[74] La Cour suprême du Canada a récemment infirmé, dans l'arrêt *Ezokola*, précité, la décision rendue par la Cour d'appel fédérale. La norme de la connaissance personnelle et consciente a été rejetée dans cette affaire en raison de l'absence de lien avec le crime allégué ou le dessein criminel de l'organisation. Au lieu d'appliquer ce critère, il faut déterminer si « la personne a volontairement et consciemment contribué de manière significative à la perpétration d'un crime par un groupe ou à la réalisation du dessein criminel de ce groupe » : *Ezokola*, précité, au paragraphe 8.

[75] Le juge MacKay a accepté la description que M. Oberlander a faite de son travail avec l'unité Ek 10a, sans décider s'il s'agissait d'une description complète

of his duties. This variously included: cleaning uniforms; working with the kitchen staff; occasionally registering ethnic Germans; dealing with supplies; interpreting for the German officers with local authorities; searching for the graves of German soldiers; organizing local entertainment for German troops; promoting public health matters; and, occasionally, serving as an interpreter during interrogation sessions (*Oberlander* (2000), above, at paragraphs 44–48). Notably, Justice MacKay found that Mr. Oberlander had no involvement in Ek 10a’s brutal or criminal activities: *Oberlander* (2000), above, at paragraph 12. The applicant submits that his involvement strongly suggests that his contributions to Ek 10a were minor in nature.

[76] The GIC has not rendered a determination as to whether Mr. Oberlander’s actions constituted a significant contribution to the criminal purpose of Ek 10a. Hence, the decision is in error and must be quashed.

D. Respondent’s Supplementary Written Submissions

[77] The respondent argues that the issue is whether a finding made by the GIC in 2007, which was upheld by the Federal Court of Appeal in 2009, may be reopened in this proceeding to overturn the GIC’s 2012 determination regarding duress. The respondent submits that the applicant is asking the Court to overturn a decision of the Federal Court of Appeal. This decision was a final determination that the applicant was complicit in Ek 10a’s war crimes and crimes against humanity, and is *res judicata*.

[78] *Res judicata* denies a party the ability to relitigate an issue unless special circumstances exist. Special circumstances may be established if it is demonstrated that the decision was clearly wrong, or if it would be in the interest of justice to permit the matter to be relitigated. The respondent submits that there are no special circumstances in this proceeding to permit the Court to overturn the Federal Court of Appeal’s final decision.

de ses activités. M. Oberlander exécutait notamment les tâches suivantes : nettoyer les uniformes, travailler avec le personnel de cuisine, inscrire parfois les Allemands de souche, s’occuper des fournitures, servir d’interprète aux officiers allemands dans leurs contacts avec les autorités locales, chercher le lieu des sépultures des soldats allemands, organiser des divertissements locaux pour les troupes allemandes, promouvoir des mesures d’hygiène publique et, occasionnellement, agir comme interprète lors de séances d’interrogation (*Oberlander* (2000), précitée, aux paragraphes 44 à 48). Le juge MacKay a notamment conclu que M. Oberlander n’avait pas participé aux activités brutales ou criminelles de l’unité Ek 10a : *Oberlander* (2000), précitée, au paragraphe 12. Le demandeur soutient que sa participation laisse fortement croire que ses contributions à cette unité ont été mineures.

[76] Le GC ne s’est pas prononcé sur la question de savoir si les actes de M. Oberlander constituaient une contribution importante au dessein criminel de l’unité Ek 10a. En conséquence, la décision est erronée et doit être annulée.

D. Les observations écrites supplémentaires du défendeur

[77] Le défendeur soutient qu’il faut décider en l’espèce si une conclusion tirée par le GC en 2007, qui a été confirmée par la Cour d’appel fédérale en 2009, peut être rouverte pour infirmer la conclusion tirée par le GC en 2012 concernant la contrainte. Il fait valoir que le demandeur demande à la Cour d’infirmer une décision de la Cour d’appel fédérale. Cette décision a établi de manière définitive que le demandeur avait été complice de crimes de guerre et de crimes contre l’humanité commis par l’unité Ek 10a et qu’il y avait donc chose jugée.

[78] Le principe de l’autorité de la chose jugée empêche une partie de remettre une question en litige, sauf si des circonstances spéciales existent. L’existence de circonstances spéciales peut être établie s’il est démontré que la décision était manifestement erronée ou qu’il serait dans l’intérêt de la justice de permettre que la question soit remise en litige. Le défendeur soutient qu’il n’existe pas, en l’espèce, de circonstances spéciales

Ezokola does not provide a basis for finding that the GIC's decision on complicity was clearly wrong, and it would not be in the interests of justice to reconsider the matter.

[79] Issue estoppel is a branch of *res judicata* that prevents the relitigation of constituent issues or material facts that were previously resolved: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460 (*Danyluk*), at paragraph 20. Issue estoppel applies when three criteria are met (*Danyluk*, above, at paragraph 25): the same question has been decided in previous litigation; the prior judicial decision was final; and, the parties to both proceedings are the same.

[80] The respondent says that these criteria are met in the present proceedings. The legal question of whether the applicant was complicit in the actions of Ek 10a was decided by the Federal Court of Appeal: the appeal was allowed only on the issue of duress, upholding the GIC's determination on complicity. The Federal Court of Appeal's decision on complicity was final. A judgment need not dispose of litigation in its entirety to be final. If it disposes of any substantive interlocutory issue, *res judicata* will apply: *Régie des rentes du Québec v. Canada Bread Company Ltd.*, 2013 SCC 46, [2013] 3 S.C.R. 125 (*Régie des rentes du Québec*), at paragraph 30. There is also no doubt that the parties to the litigation are the same.

[81] The respondent says that *Wigman*, above, is distinguishable from this proceeding. In *Wigman*, the accused was appealing a conviction of attempted murder. The law of attempted murder changed. The matter of whether the accused could be guilty of attempted murder was still before the Court. This cannot be compared to this proceeding where the issue of complicity has been conclusively and finally dealt with in previous litigation concerning a different GIC decision.

permettant à la Cour d'infirmer la décision définitive de la Cour d'appel fédérale. L'arrêt *Ezokola* ne permet pas de conclure que la décision du GC sur la complicité était manifestement erronée, et il ne serait pas dans l'intérêt de la justice de réexaminer l'affaire.

[79] La préclusion découlant d'une question déjà tranchée est un aspect du principe de l'autorité de la chose jugée qui empêche que des éléments constitutifs ou des faits substantiels soient remis en litige après avoir fait l'objet d'une décision : *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460 (*Danyluk*), au paragraphe 20. Cette préclusion s'applique lorsque trois conditions sont remplies (*Danyluk*, précité, au paragraphe 25) : la même question a été décidée dans une instance précédente; la décision judiciaire antérieure était finale; les parties aux deux instances sont les mêmes.

[80] Le défendeur affirme que ces conditions sont remplies en l'espèce. La question de droit consistant à décider si le demandeur a été complice des actes de l'unité Ek 10a a été tranchée par la Cour d'appel fédérale : l'appel a été accueilli uniquement pour ce qui est de la question de la contrainte et la conclusion du GC sur la complicité a été maintenue. La décision de la Cour d'appel fédérale sur la complicité était définitive. Un jugement n'a pas à statuer sur le litige en entier pour être définitif. S'il statue sur toute question de fond interlocutoire, il acquerra l'autorité de la chose jugée : *Régie des rentes du Québec c. Canada Bread Company Ltd.*, 2013 CSC 46, [2013] 3 R.C.S. 125 (*Régie des rentes du Québec*), au paragraphe 30. Il ne fait également aucun doute que les parties au litige sont les mêmes.

[81] Le défendeur fait valoir que la présente affaire est différente de l'arrêt *Wigman*, précité. Dans cette dernière affaire, l'accusé interjetait appel d'une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre. Les règles de droit régissant la tentative de meurtre avaient changé, mais le tribunal devait toujours déterminer si l'accusé pouvait être coupable de tentative de meurtre. Il en est autrement en l'espèce, où la question de la complicité a été tranchée de façon définitive et concluante dans une autre instance concernant une décision différente du GC.

[82] In order to qualify as being “in the judicial system”, one of three criteria must be met (*R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223, at paragraph 27; *R. v. Thomas*, [1990] 1 S.C.R. 713 (*Thomas*); *Metro Can Construction Ltd. v. Canada*, 2001 FCA 227, 203 D.L.R. (4th) 741 (*Metro Can Construction*), at paragraph 5): an appeal has been launched to the Supreme Court; an application for leave has been made within the time; or, an application for an extension of time is granted based on the criteria that normally apply in such cases. The respondent says that this proceeding does not fit into any of these situations. The Federal Court of Appeal’s decision in relation to complicity was final; it was not appealed to the Supreme Court; and, this issue is no longer in the judicial system.

[83] The Court can hear an issue that is *res judicata* if special circumstances exist: *Danyluk*, above, at paragraph 63; *Giles v. Westminster Savings and Credit Union*, 2010 BCCA 282, 5 B.C.L.R. (5th) 252, at paragraph 63. However, neither the Federal Court of Appeal nor the Supreme Court of Canada have ever found evolving jurisprudence to be sufficient to justify relaxing the application of issue estoppel: *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, 2002 FCA 210, [2003] 1 F.C. 242 (*Apotex*), at paragraph 35; *Régie des rentes du Québec*, above, at paragraphs 24, 30–31 and 40; *Metro Can Construction*, above, at paragraph 5.

[84] A change in law may only constitute special circumstances where the change in law renders the decision clearly wrong (*Apotex*, above, at paragraphs 35–36; *Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Pharmascience Inc.*, 2007 FC 1057, 61 C.P.R. (4th) 434, at paragraph 60, aff’d 2008 FCA 213, 67 C.P.R. (4th) 385), or it is in the interests of justice to relitigate the issue (*Smith Estate v. National Money Mart Co.*, 2008 ONCA 746, 92 O.R. (3d) 641 (*Smith Estate*), at paragraph 42).

[85] The respondent submits that the GIC’s decision is not clearly wrong, and that the GIC would have reached the same decision under the *Ezokola* analysis. The respondent says the applicant’s contribution to Ek 10a was not mere association and so is not the type of complicity finding that the Supreme Court sought to rectify with *Ezokola*. *Ezokola* provides that an accused’s

[82] Pour qu’une affaire soit « en cours », il faut que l’un des trois critères suivants soit rempli (*R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223, au paragraphe 27; *R. c. Thomas*, [1990] 1 R.C.S. 713 (*Thomas*); *Metro Can Construction Ltd. c. Canada*, 2001 CAF 227 (*Metro Can Construction*), au paragraphe 5) : un pourvoi a été porté devant la Cour suprême; une requête en autorisation de pourvoi a été présentée dans le délai; une requête en prorogation de délai a été accordée selon des critères qui s’appliquent normalement dans ces cas. Selon le défendeur, la présente instance n’est visée par aucun de ces critères. La décision rendue par la Cour d’appel fédérale sur la question de la complicité était définitive, elle n’a pas fait l’objet d’un pourvoi à la Cour suprême et l’affaire n’est plus en cours.

[83] La Cour peut instruire une affaire qui a acquis l’autorité de la chose jugée s’il existe des circonstances spéciales : *Danyluk*, précité, au paragraphe 63; *Giles v. Westminster Savings and Credit Union*, 2010 BCCA 282, 5 B.C.L.R. (5th) 252, au paragraphe 63. Toutefois, ni la Cour d’appel fédérale ni la Cour suprême du Canada n’ont déclaré qu’une modification de la jurisprudence justifie l’assouplissement de l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée : *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, 2002 CAF 210, [2003] 1 C.F. 242 (*Apotex*), au paragraphe 35; *Régie des rentes du Québec*, précité, aux paragraphes 24, 30, 31 et 40; *Metro Can Construction*, précité, au paragraphe 5.

[84] Une modification du droit peut constituer une circonstance spéciale seulement lorsqu’elle rend la décision manifestement erronée (*Apotex*, précité, aux paragraphes 35 et 36; *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Pharmascience Inc.*, 2007 CF 1057, au paragraphe 60, conf. par 2008 CAF 213) ou lorsqu’il est dans l’intérêt de la justice de remettre l’affaire en litige (*Smith Estate v. National Money Mart Co.*, 2008 ONCA 746, 92 O.R. (3^e) 641 (*Smith Estate*), au paragraphe 42).

[85] Le défendeur soutient que la décision du GC n’est pas manifestement erronée et que le GC serait parvenu à la même décision s’il avait procédé à l’analyse décrite dans l’arrêt *Ezokola*. Il affirme que la contribution du demandeur à l’unité Ek 10a ne découlait pas d’une simple association et, de ce fait, il ne s’agissait pas du type de conclusion relative à la complicité que la Cour

contribution can be directed to “wider concepts of common design, such as the accomplishment of an organization’s purpose[s]” (above, at paragraph 87). The applicant’s assistance in interpreting during interrogation sessions contributed to the identification of the enemies of the German Reich and their consequent execution. This constitutes a significant contribution to Ek 10a’s criminal purpose.

[86] The respondent also submits that relitigating the issue of the applicant’s complicity is not in the interests of justice. Rather, finality in this proceeding is in the interests of justice.

[87] The only live issue remaining in the legal system is whether the applicant was under duress during his time with Ek 10a. *Ezokola* did not change the law on duress. The Report, which reflects the GIC’s reasons for the 2012 decision, makes no findings on complicity, so there is no need to consider this change in the law.

E. Applicant’s Reply to the Respondent’s Supplementary Written Submissions

[88] The applicant argues that the issue is not a question of *res judicata*, but rather an issue of whether this matter is still in the judicial system. If the matter is within the system, a change in the law relevant to this application must be considered.

[89] The applicant says that the issue of duress is directly related to the correctness of a finding of complicity. The proportionality element of the defence is not met as Mr. Oberlander was not directly involved in any crimes, so his actions did not bring any harm to Ek 10a’s victims. The applicant also argues that, contrary to the respondent’s claim, the sessions in which he served as an interpreter did not end in executions. It would be an artificial exercise to consider the defence of duress in relation to a finding of complicity which is based on an understanding of the law that has been overruled.

suprême voulait corriger avec l’arrêt *Ezokola*. Cet arrêt prévoit que la contribution d’un accusé peut viser un « dessein commun plus large, comme la réalisation de l’objectif d’une organisation » (précité, au paragraphe 87). L’aide fournie par le demandeur en interprétant les propos formulés lors de séances d’interrogatoire a contribué à l’identification des ennemis du Reich allemand et, ensuite, à leur exécution. Il s’agit d’une contribution significative au dessein criminel de l’unité Ek 10a.

[86] Le défendeur soutient également qu’il n’est pas dans l’intérêt de la justice de remettre en litige la question de la complicité du demandeur. L’intérêt de la justice exige plutôt que la présente instance fasse l’objet d’une décision définitive.

[87] La seule question qui est toujours en cours est celle de savoir si le demandeur agissait sous l’effet de la contrainte pendant son service au sein de l’unité Ek 10a. L’arrêt *Ezokola* n’a pas modifié le droit relatif à la contrainte. Le rapport, qui reflète les motifs de la décision rendue par le GC en 2012, ne renferme aucune conclusion sur la complicité, de sorte qu’il n’est pas nécessaire de tenir compte de cette modification du droit.

E. La réponse du demandeur aux observations écrites supplémentaires du défendeur

[88] Le demandeur soutient que la présente affaire ne concerne pas le principe de l’autorité de la chose jugée, mais plutôt la question de savoir si elle est toujours en cours. Si c’est le cas, une modification du droit applicable en l’espèce doit être prise en compte.

[89] Le demandeur affirme que la question de la contrainte est directement liée à la justesse d’une conclusion de complicité. L’élément de proportionnalité du moyen de défense n’est pas rempli, car M. Oberlander n’a été impliqué directement dans aucun crime, de sorte que ses actes n’ont causé aucun préjudice aux victimes de l’unité Ek 10a. Le demandeur affirme également que, contrairement à ce que le défendeur prétend, les séances au cours desquelles il a agi comme interprète n’ont pas mené à des exécutions. Il serait arbitraire d’examiner le moyen de défense fondé sur la contrainte en rapport

[90] In *Wigman* and *Weir*, both above, the relevant factor for whether to apply a change in the law was the fact that the cases were still before the courts. In both cases, issues that were finally determined at trial, and not appealed, were permitted to be argued on appeal because the law had changed.

[91] The applicant is not required to show special circumstances because this is not an issue of *res judicata*. The GIC applied a standard that the Supreme Court has held to be wrong. This is an error in law.

[92] The applicant also submits that *Ezokola* was not concerned only with complicity by association, but with the level of contribution. Justice MacKay affirmed “that no evidence was presented to the Court about any personal involvement of the respondent in criminal activities or war crimes”: *Oberlander* (2000), above, at paragraph 12.

[93] The applicant says that it is not the Court’s role to make a factual finding as to whether Mr. Oberlander was complicit. However, the evidence does not establish that Mr. Oberlander’s role was significant to Ek 10a’s criminal purposes. There is no finding as to whether Mr. Oberlander’s activities as an interpreter significantly contributed to the purpose of Ek 10a. The decision should be returned to the GIC for redetermination.

VIII. ANALYSIS

[94] This application gives rise to three principal areas of concern: *res judicata* (issue estoppel); procedural fairness; and unreasonable decision. Success by the

avec une conclusion de complicité s’appuyant sur une interprétation du droit qui a été infirmée.

[90] Dans les arrêts *Wigman* et *Weir*, précités, le facteur qui a été pris en considération pour décider s’il y avait lieu d’appliquer une modification du droit était le fait que le tribunal était toujours saisi de l’affaire. Dans les deux cas, les parties ont été autorisées, parce que le droit avait changé, à mettre en litige en appel les questions qui avaient été tranchées de manière définitive en première instance et qui n’avaient pas été portées en appel.

[91] Le demandeur n’est pas tenu de démontrer qu’il existe des circonstances spéciales parce que l’autorité de la chose jugée n’est pas en cause en l’espèce. Le GC a appliqué une norme qui, selon la Cour suprême du Canada, était erronée. Il s’agit d’une erreur de droit.

[92] Le demandeur soutient en outre que l’arrêt *Ezokola* ne portait pas seulement sur la complicité par association, mais aussi sur le niveau de contribution. Le juge MacKay a affirmé « qu’aucune preuve n’a été présentée à la Cour au sujet d’une implication personnelle du défendeur dans des activités criminelles ou dans des crimes de guerre » : *Oberlander* (2000), précitée, au paragraphe 12.

[93] Le demandeur prétend qu’il n’appartient pas à la Cour de tirer une conclusion de fait au sujet de sa complicité. La preuve ne démontre pas cependant qu’il a joué un rôle important à l’égard du dessein criminel de l’unité Ek 10a. Aucune conclusion n’est tirée au sujet de la question de savoir si ses activités en tant qu’interprète ont contribué de façon significative au dessein de l’unité Ek 10a. L’affaire devrait être renvoyée au GC pour qu’elle fasse l’objet d’une nouvelle décision.

VIII. ANALYSE

[94] La présente demande soulève des questions concernant principalement l’autorité de la chose jugée (préclusion découlant d’une question déjà tranchée),

applicant on any one of these issues will require reconsideration of the Decision. Hence, I will deal with each issue in turn.

A. *Res Judicata—Issue Estoppel*

[95] The applicant says that following the filing of argument and before the scheduling of the hearing for this application, the Supreme Court of Canada released its decision in *Ezokola*, above, that fundamentally altered the law on complicity for international crimes in the context of an immigration matter. The applicant also says that the decision in *Ezokola* has a direct bearing on the GIC finding in this application that the applicant was complicit in war crimes and crimes against humanity. Therefore, the applicant asserts that the GIC decision must be set aside because it does not comply with the requirements for complicity as established by the Supreme Court of Canada in *Ezokola*. The respondent resists this argument by raising *res judicata* (issue estoppel).

[96] On the face of it, it seems to me that issue estoppel does apply in this case. In previous litigation, the Federal Court of Appeal upheld the GIC's determination that the applicant was complicit. This means that, in so far as the issue of complicity is concerned, all three criteria required for issue estoppel, as set out in *Danyluk*, above, are satisfied: the complicity issue has been decided in previous litigation; the Federal Court of Appeal's decision on the issue of complicity was final; and, the parties to the proceedings are the same.

[97] The Federal Court of Appeal remitted the previous GIC decision on the issue of duress, but this does not prevent its decision from being final in so far as complicity is concerned. The Supreme Court of Canada confirmed in *Régie des rentes du Québec*, above, at paragraph 30, that “[a] judgment need not dispose of the litigation in its entirety to be final. If it disposes of any

l'équité procédurale et le caractère déraisonnable de la décision. Si le demandeur a gain de cause relativement à l'une de ces questions, la décision contestée devra être réexaminée. J'analyserai donc chaque question successivement.

A. *L'autorité de la chose jugée — La préclusion découlant d'une question déjà tranchée*

[95] Le demandeur fait valoir que la Cour suprême du Canada a rendu son arrêt dans *Ezokola*, précité, après le dépôt des prétentions et avant la mise au rôle de la présente demande. Cet arrêt a modifié en profondeur les règles de droit régissant la complicité dans la commission de crimes internationaux dans le contexte de l'immigration. Le demandeur affirme en outre que l'arrêt *Ezokola* a un effet direct sur la conclusion du GC selon laquelle il a été complice de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. En conséquence, il soutient que la décision du GC doit être annulée parce qu'elle ne respecte pas les exigences relatives à la complicité qui ont été établies par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ezokola*. Le défendeur invoque à l'encontre de cette prétention le principe de l'autorité de la chose jugée (préclusion découlant d'une question déjà tranchée).

[96] À première vue, il me semble que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique en l'espèce. La Cour d'appel fédérale a confirmé précédemment la conclusion du GC selon laquelle le demandeur était complice. Par conséquent, en ce qui concerne la question de la complicité, les trois critères relatifs à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, qui sont décrits dans l'arrêt *Danyluk*, précité, sont remplis : la question de la complicité a été décidée dans une instance précédente, l'arrêt de la Cour d'appel fédérale sur la question de la complicité était définitif et les parties aux instances sont les mêmes.

[97] La Cour d'appel fédérale a renvoyé la décision antérieure du GC sur la question de la contrainte, mais cela n'empêche pas sa décision d'être définitive dans la mesure où elle concerne la complicité. La Cour suprême a confirmé dans l'arrêt *Régie des rentes du Québec*, précité, au paragraphe 30, qu'« [u]n jugement n'a pas à statuer sur le litige en entier pour être définitif. S'il

substantive interlocutory *issue*, *res judicata* will apply” [emphasis in original].

[98] The applicant attempts to resist and distinguish this jurisprudence in several ways. First of all, he says that because the issue of duress is still in the system he is at liberty to re-argue the complicity issue on the basis of the changes in the law he sees in *Ezokola*.

[99] I do not see how this can be, because it would mean that, even though one or more issues (in this case complicity) has been finally determined, there can be no *res judicata* provided any other issue remains in the system for determination by the Court. In my view, *Régie des rentes du Québec*, above, says the opposite. Also, in my view, the applicant has cited no jurisprudence that supports his position. The Supreme Court of Canada decision in *Wigman*, is distinguishable and has no analogous value for the present situation where the issue of complicity was finally determined by the Federal Court of Appeal. In *Wigman*, the law changed while the appellant had an appeal pending. The issue of whether attempted murder had been proven had not been finally determined and remained alive to be decided on appeal. The Supreme Court said that the new interpretation of the law applied to the appellant’s case because “this case arose while avenues of redress from the judgment were still open to the accused — it was still ‘in the system’” (above, at pages 260–261).

[100] Subsequent jurisprudence has held that an appeal is not the only way for a matter to remain in the system. In *Thomas*, above, the Supreme Court of Canada said that a matter could also be in the system if “an application for leave has been made within the time; or an application for an extension of time is granted based on the criteria that normally apply in such cases” (at page 716). Most recently in *Régie des rentes du Québec*, above, at paragraph 38, the Supreme Court of Canada said that a case that “has been remitted to a lower court is also a pending case.”

statue sur toute *question* de fond interlocutoire, il acquerra l’autorité de la chose jugée » [souligné dans l’original].

[98] Le demandeur tente de s’opposer à cette jurisprudence et de faire ressortir diverses différences entre celle-ci et la présente affaire. Tout d’abord, il dit que, comme la question de la contrainte est toujours en cours, il lui est loisible de remettre en litige la question de la complicité en raison des modifications du droit qu’il relève dans l’arrêt *Ezokola*.

[99] Je ne vois pas comment cela est possible, car cela signifierait que, même si l’une ou plusieurs des questions en litige (la complicité en l’espèce) ont fait l’objet d’une décision définitive, celle-ci ne peut avoir l’autorité de la chose jugée si une autre question est toujours en cours afin d’être tranchée par la Cour. À mon avis, l’arrêt *Régie des rentes du Québec*, précité, dit plutôt le contraire. J’estime aussi que le demandeur n’a cité aucune décision judiciaire à l’appui de sa prétention. L’arrêt *Wigman* de la Cour suprême du Canada est différent et n’a aucune valeur analogue en l’espèce où la question de la complicité a fait l’objet d’une décision définitive de la Cour d’appel fédérale. Dans l’arrêt *Wigman*, le droit avait changé pendant que l’appel de l’appelant était en instance. La question de savoir si la tentative de meurtre avait été prouvée n’avait pas fait l’objet d’une décision définitive et devait être tranchée en appel. La Cour suprême a affirmé que la nouvelle interprétation de la loi s’appliquait au cas de l’appelant parce que « cette affaire s’est présentée alors que l’accusé disposait toujours de voies de recours — elle était toujours “en cours” » (précité, aux pages 260 et 261).

[100] Dans des arrêts subséquents, la Cour suprême du Canada a statué qu’un appel n’était pas le seul moyen de faire en sorte qu’une affaire reste en cours. Dans l’arrêt *Thomas*, précité, elle a affirmé qu’une affaire pouvait aussi être en cours si « une requête en autorisation de pourvoi a été présentée dans le délai; [ou si] une requête en prorogation de délai a été accordée selon des critères qui s’appliquent normalement dans ces cas » (à la page 716). Plus récemment, dans l’arrêt *Régie des rentes du Québec*, précité, elle a indiqué, au paragraphe 38, que « les affaires renvoyées devant un tribunal d’instance inférieure sont aussi pendantes ».

[101] In the present case, the applicant did not appeal the Federal Court of Appeal's decision. He also did not file for an extension for time to appeal. The only way that the applicant's matter can be said to be pending is if he can satisfy the Court that the Decision is of the type of remitted decision described in *Régie des rentes du Québec*.

[102] In my view, the matter that was remitted in the present case is distinguishable from the matter that was remitted in *Régie des rentes du Québec*. In *Régie des rentes du Québec*, the matter remitted was the determination of an employer's obligations following the termination of a pension fund. The law changed before the determination was made, and the tribunal was bound to apply the current state of the law. This is distinguishable from the matter that the Federal Court of Appeal remitted to the GIC in the present case. The Federal Court of Appeal explicitly upheld the Federal Court's decision that the GIC's determination on the issue of complicity was reasonable (*Oberlander* (2009), above, at paragraph 22), and remitted the decision on the sole issue of duress (at paragraph 41). The Federal Court of Appeal decision is a final decision regarding the parties' substantive rights and obligations in relation to complicity.

[103] Complicity was not a pending matter to be determined by the GIC. Consequently, in my view, there is no basis for the applicant to argue that he should be able to take advantage of the change in the law in *Ezokola* because complicity remains in the system. The Federal Court of Appeal remitted this matter on the sole issue of duress. *Ezokola* did not change the law of duress.

[104] My conclusion is that *res judicata* (issue estoppel) applies in this case. But this is not the end of the matter. As the respondent acknowledges, even where the criteria for issue estoppel are met (as they are here), the Court retains a residual discretion to determine that the doctrine should not be applied where, taking into account the entirety of the circumstances, this could lead to an injustice: see *Danyluk*, above, at paragraph 63.

[101] En l'espèce, le demandeur n'a pas interjeté appel de la décision de la Cour d'appel fédérale. Il n'a pas non plus présenté une demande de prorogation du délai d'appel. Par conséquent, il faut donc, pour que son affaire soit pendante, qu'il puisse convaincre la Cour que la décision contestée est de la nature de celle qui a été renvoyée dans l'arrêt *Régie des rentes du Québec*.

[102] À mon avis, l'affaire qui a été renvoyée en l'espèce peut être différenciée de celle qui a été renvoyée dans l'arrêt *Régie des rentes du Québec*. Dans l'arrêt *Régie des rentes du Québec*, l'affaire renvoyée concernait la détermination des obligations d'un employeur à la suite de la terminaison d'un régime de retraite. Le droit avait changé avant cette détermination et le tribunal était tenu d'appliquer le droit alors en vigueur, ce qui est différent de l'affaire que la Cour d'appel fédérale a renvoyée au GC en l'espèce. La Cour d'appel fédérale a explicitement maintenu la décision de la Cour fédérale selon laquelle la décision du GC relative à la question de la complicité était raisonnable (*Oberlander* (2009), précité, au paragraphe 22), et elle a renvoyé l'affaire au GC dans le seul but qu'il examine la question de la contrainte (au paragraphe 41). La décision de la Cour d'appel fédérale est une décision définitive en ce qui concerne les droits et les obligations fondamentaux des parties relativement à la complicité.

[103] La complicité n'était pas une question pendante qui devait être tranchée par le GC. En conséquence, j'estime que rien ne permet au demandeur de prétendre qu'il devrait pouvoir bénéficier de la modification du droit établie dans l'arrêt *Ezokola* parce que la question de la complicité est toujours en cours. La Cour d'appel fédérale a renvoyé l'affaire au regard seulement de la question de la contrainte. L'arrêt *Ezokola* n'a pas modifié le droit régissant la contrainte.

[104] À mon avis, le principe de l'autorité de la chose jugée (préclusion découlant d'une question déjà tranchée) s'applique en l'espèce. L'affaire ne s'arrête pas là cependant. Comme le défendeur le reconnaît, même lorsque les critères de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'appliquent (comme c'est le cas ici), la Cour conserve le pouvoir discrétionnaire résiduel de déterminer que le principe ne devrait pas s'appliquer

[105] This sounds like a very unwieldy discretion to me that, if not confined in some way, could easily undermine the whole doctrine and purpose of *res judicata*. With this in mind, I feel I have to take into account the following guidance and principles when considering the exercise of the discretion in this case:

- a. The Supreme Court of Canada and the Federal Court of Appeal have made it clear that the Court's discretion to override the doctrine of *res judicata* must be very limited in application: see *Apotex*, above, at paragraph 48, quoting *General Motors of Canada Ltd. v. Naken et al.*, [1983] 1 S.C.R. 72 (*Naken*), at page 101;
- b. The same cases make it clear that the discretionary override can only occur in the rarest of cases and the "fact that harsh results follow the application of the doctrine has not deterred its application by the courts": see *Apotex*, above, at paragraph 48, quoting *Naken*, above, at page 101;
- c. The discretion is even further restricted when applied to a final judicial decision, as opposed to a decision of an administrative tribunal: see *Apotex*, above, at paragraphs 45–46; *Danyluk*, above, at paragraph 66;
- d. The burden is upon the party seeking to avoid the application of the doctrine to establish special circumstances;
- e. Although a change in the law could constitute special circumstances, the Federal Court of Appeal has pointed out that neither the Supreme Court of Canada nor the Federal Court of Appeal has ever found evolving jurisprudence to be sufficient: see *Apotex*, above, at paragraph 35;

lorsque, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il pourrait en résulter une injustice : voir *Danyluk*, précité, au paragraphe 63.

[105] À mes yeux, il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire qui semble très difficile à exercer et qui, s'il n'est pas circonscrit, pourrait facilement mettre à mal le principe en entier et l'objet de l'autorité de la chose jugée. En conséquence, je pense que je dois tenir compte des éléments et des principes suivants lorsque j'examine l'exercice du pouvoir discrétionnaire en l'espèce :

- a. la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel fédérale ont affirmé clairement que le pouvoir discrétionnaire de la Cour de ne pas tenir compte du principe de l'autorité de la chose jugée doit être très limité dans son application : voir *Apotex*, précité, au paragraphe 48, citant *General Motors of Canada Ltd. c. Naken et autres*, [1983] 1 R.C.S. 72 (*Naken*), à la page 101;
- b. il est établi clairement également dans ces arrêts que ce pouvoir discrétionnaire peut être exercé seulement dans les cas les plus exceptionnels et que « [l]a dureté des conséquences qui découlent de cette théorie n'a pas empêché les tribunaux d'en faire application » : voir *Apotex*, précité, au paragraphe 48, citant *Naken*, précité, à la page 101;
- c. le pouvoir discrétionnaire est encore plus limité lorsqu'il est exercé à l'égard d'une décision judiciaire définitive qu'à l'égard d'une décision administrative : voir *Apotex*, précité, aux paragraphes 45 et 46; *Danyluk*, précité, au paragraphe 66;
- d. il incombe à la partie qui cherche à éviter l'application du principe de démontrer qu'il existe des circonstances spéciales;
- e. bien qu'une modification du droit puisse constituer des circonstances spéciales, la Cour d'appel fédérale a fait remarquer que ni elle-même ni la Cour suprême du Canada n'avaient jamais considéré qu'une modification de la jurisprudence était suffisante : voir *Apotex*, précité, au paragraphe 35;

- f. The Federal Court of Appeal in *Metro Can Construction*, above, at paragraph 5, appears to say that finally determined cases should not be reopened simply because there has been a change in the law; and
- g. A change in the law will not constitute special circumstances unless it is in the interest of justice to relitigate the issue: *Smith Estate*, above, at paragraph 42.
- f. dans l'arrêt *Metro Can Construction*, précité, la Cour d'appel fédérale semble dire au paragraphe 5 qu'une affaire ayant fait l'objet d'une décision définitive ne devrait pas être rouverte uniquement parce que le droit a changé;
- g. une modification du droit ne constituera pas des circonstances spéciales, sauf s'il est dans l'intérêt de la justice de débattre à nouveau de la question en litige : *Smith Estate*, précité, au paragraphe 42.

[106] In my view, the Federal Court of Appeal in *Apotex*, above, did not say that a change in the law could constitute special circumstances if the decision was clearly wrong. Rather, *Apotex* made an argument that this was a principle of law based on a decision from the Ontario Court of Appeal (*Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (*Minott*)). The Federal Court of Appeal said that it would assume, without deciding, that *Apotex* could rely on this principle but noted that neither the Federal Court of Appeal nor the Supreme Court of Canada had ever said that a change in the law constitutes special circumstances (*Apotex*, above, at paragraphs 35–36). The Federal Court of Appeal conducted a brief analysis and concluded that the change in the law had not rendered the earlier decision clearly wrong.

[107] While the Federal Court of Appeal was willing to entertain *Apotex's* reliance on *Minott*, I do not think we can say that it confirmed this principle. The Supreme Court of Canada cases actually say the exact opposite. In *Wigman*, the Supreme Court of Canada confirmed its earlier jurisprudence which said that *res judicata* would prevent courts from reopening cases even when based on constitutionally invalid laws (above, at pages 257–258):

Finality in criminal proceedings is of the utmost importance but the need for finality is adequately served by the normal operation of *res judicata*: a matter once finally judicially decided cannot be relitigated. Thus a person convicted under *Lajoie* will not be able to re-open his or her case, unless, of course, the conviction is not final. In the *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 757, the Court observed that *res judicata* would even preclude the reopening

[106] À mon avis, la Cour d'appel fédérale n'a pas dit, dans l'arrêt *Apotex*, précité, qu'une modification du droit constituerait des circonstances spéciales si la décision était manifestement erronée. En fait, *Apotex* prétendait plutôt qu'il s'agissait d'un principe de droit fondé sur un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (*Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3^e) 321 (*Minott*)). La Cour d'appel fédérale a indiqué qu'elle supposait, sans trancher la question, qu'*Apotex* pouvait s'appuyer sur ce principe, mais que ni elle-même ni la Cour suprême du Canada n'avaient jamais dit qu'une modification du droit constituait des circonstances spéciales (*Apotex*, précité, aux paragraphes 35 et 36). La Cour d'appel fédérale a effectué une brève analyse et a conclu que la modification du droit n'avait pas rendu la décision antérieure manifestement erronée.

[107] Même si la Cour d'appel fédérale était disposée à examiner l'utilisation de l'arrêt *Minott* par *Apotex*, je ne pense pas que l'on puisse dire qu'elle a confirmé ce principe. En fait, les arrêts de la Cour suprême du Canada indiquent exactement le contraire. Dans l'arrêt *Wigman*, la Cour suprême du Canada a confirmé les arrêts qu'elle avait rendus dans le passé selon lesquels le principe de l'autorité de la chose jugée empêchait les tribunaux de rouvrir des affaires, même celles fondées sur des lois inconstitutionnelles (précité, aux pages 257 et 258) :

Il est de la plus haute importance qu'une instance criminelle ait un caractère définitif, mais l'application normale du principe de l'autorité de la chose jugée répond adéquatement à ce besoin. Une affaire jugée définitivement ne peut être soumise de nouveau aux tribunaux. Ainsi la personne reconnue coupable en vertu de l'arrêt *Lajoie* ne sera pas en mesure de rouvrir son dossier à moins, bien entendu, que la déclaration de culpabilité ne soit pas définitive. Dans le *Renvoi relatif aux*

of cases decided by the courts on the basis of constitutionally invalid laws. The *res judicata* principle would apply with at least as much force to cases decided on the basis of subsequently overruled case law.

[108] In light of the Supreme Court's emphasis in *Danyluk* and *Régie des rentes du Québec*, both above, on the importance of the finality of judicial decisions, and the guidance in *Danyluk* that the discretion to not apply *res judicata* is very limited in relation to court judgments, it seems unlikely that a simple change of law alone could constitute a sufficient basis for special circumstances, even if the prior decision was clearly wrong.

[109] In terms of the reliance on *Smith Estate*, above, the provincial courts have relaxed *res judicata* much more readily and more liberally than the Federal Courts and the Supreme Court of Canada, as the Federal Court Appeal pointed out in *Apotex*. In my view, the overarching consideration in deciding whether or not to exercise the discretion is whether it is in the interests of justice to do so, and this is not limited to whether there has been a change in law: "As a final and most important factor, the Court should 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" (*Danyluk*, above, at paragraph 80).

[110] In my view, these guidelines by no means provide a comprehensive or totally coherent set of principles with which to address the present situation. It seems to me, however, that there is a strong societal interest in preserving a final decision on the merits, and that this interest can only be outweighed in rare cases where the interests of justice require relitigation. In my view, this is not such a case.

droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 757, la Cour fait observer que le principe de l'autorité de la chose jugée empêcherait même de rouvrir les dossiers sur lesquels les tribunaux ont statué en fonction de lois inconstitutionnelles. Le principe de l'autorité de la chose jugée s'appliquerait au moins tout autant aux affaires jugées en fonction d'une jurisprudence subséquemment rejetée.

[108] Compte tenu de l'importance accordée par la Cour suprême au caractère définitif des décisions judiciaires dans les arrêts *Danyluk* et *Régie des rentes du Québec*, précités, et de l'affirmation faite dans l'arrêt *Danyluk* selon laquelle le pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer le principe de l'autorité de la chose jugée est très limité en ce qui concerne les décisions judiciaires, il semble peu probable qu'une simple modification du droit puisse, à elle seule, être suffisante pour que l'on puisse conclure à l'existence de circonstances spéciales, même si la décision antérieure était manifestement erronée.

[109] En ce qui concerne l'arrêt *Smith Estate*, précité, les tribunaux provinciaux ont assoupli le principe de l'autorité de la chose jugée beaucoup plus facilement et plus largement que les Cours fédérales et la Cour suprême du Canada, comme la Cour d'appel fédérale l'a mentionné dans l'arrêt *Apotex*. À mon avis, la question primordiale qui se pose lorsqu'il faut décider s'il convient ou non d'exercer le pouvoir discrétionnaire est de savoir s'il est dans l'intérêt de la justice de le faire, et cette question ne se limite pas à savoir s'il y a eu un changement du droit : « Suivant ce dernier facteur, qui est aussi le plus important, notre Cour doit 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 » (*Danyluk*, précité, au paragraphe 80).

[110] À mon avis, ces lignes directrices ne constituent nullement un ensemble complet ou parfaitement cohérent de principes pouvant servir à rendre une décision en l'espèce. Il me semble cependant que la société a grand intérêt à ce qu'une décision définitive soit rendue sur le fond et que cet intérêt ne peut être supplanté que dans de rares cas où l'intérêt de la justice exige que l'affaire soit débattue à nouveau. À mon avis, ce n'est pas le cas en l'espèce.

[111] I say this because the applicant has demonstrated no more than a change in the law. The applicant has had his claim that he was not complicit fully determined on the merits and confirmed by the Federal Court of Appeal. The legal system provided the means for the applicant to challenge this result. The applicant now says that the finding of complicity was not consistent with international norms and obligations as recognized by the Supreme Court of Canada in *Ezokola*. If non-compliance with international norms and obligations is a plausible argument now, then it was equally plausible when the Federal Court of Appeal found that complicity had been established in this case. The applicant was free to seek leave to take his case on complicity to the Supreme Court of Canada. The system provided him with the means to demonstrate that the Federal Court of Appeal decision was not in accordance with international norms and to assert his present position before the Supreme Court of Canada. Yet he chose not to appeal on this issue. Hence, he must be taken to have accepted the result. Rather than put his present arguments to the test in the way that the system would have allowed him, the applicant now comes before the Court and asks that the doctrine of *res judicata* be suspended in his favour. I do not think it can be said that an injustice arises where the applicant had the opportunity to question and to try to overturn the law on complicity, but chose not to avail himself of that opportunity at an earlier stage in these proceedings.

[112] In addition, in my view, the applicant has also not established that the decision finding him complicit was “clearly wrong.” The previous decision of the GIC on complicity, endorsed by the Federal Court of Appeal, was clearly right on the merits, and even if “wrongness” now has to be measured against the law in *Ezokola*, the applicant has still not shown the decision in question was “clearly wrong.” *Ezokola* removes guilt by mere association. The Supreme Court of Canada ruled that complicity should not be found for “every landlord, every grocer, every utility provider, every secretary, every janitor or even every taxpayer who does anything which contributes” (at paragraph 57). Rather, complicity is found for individuals who “intentionally or knowingly

[111] Je suis de cet avis parce que le demandeur n’a rien démontré de plus qu’une modification du droit. Sa prétention selon laquelle il n’avait pas été complice a fait l’objet d’une décision complète sur le fond qui a été confirmée par la Cour d’appel fédérale. Le système juridique offrait au demandeur le moyen de contester ce résultat. Le demandeur affirme maintenant que la conclusion de complicité n’était pas conforme aux normes et aux obligations internationales qui ont été reconnues par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Ezokola*. Si cette prétention est vraisemblable maintenant, elle l’était tout autant lorsque la Cour d’appel fédérale a statué que la complicité avait été établie. Le demandeur était libre de demander l’autorisation d’interjeter appel de la décision relative à la complicité à la Cour suprême du Canada. Le système lui offrait le moyen de démontrer que l’arrêt de la Cour d’appel fédérale ne respectait pas les normes internationales et de faire valoir ses arguments actuels devant la Cour suprême du Canada. Il a cependant choisi de ne pas interjeter appel sur cette question. Il faut donc considérer qu’il a accepté le résultat. Au lieu de soumettre ses arguments actuels de la manière dont le système lui aurait permis de le faire, le demandeur se présente maintenant devant la Cour et demande que l’application du principe de l’autorité de la chose jugée soit suspendue en sa faveur. Je ne pense pas que l’on puisse dire qu’il y a une injustice lorsque le demandeur a eu la possibilité de remettre en cause et d’essayer de faire annuler le droit relatif à la complicité, mais qu’il a choisi de ne pas se prévaloir de cette possibilité plus tôt.

[112] En outre, le demandeur n’a pas non plus, à mon avis, établi que la décision selon laquelle il avait été complice était [TRADUCTION] « manifestation erronée ». La décision précédente du GC sur la complicité, à laquelle avait souscrit la Cour d’appel fédérale, était manifestement correcte sur le fond et, même si le caractère erroné doit maintenant être évalué en fonction de l’arrêt *Ezokola*, le demandeur n’a pas démontré que la décision en question était [TRADUCTION] « manifestation erronée ». L’arrêt *Ezokola* fait disparaître la notion de culpabilité par simple association. La Cour suprême du Canada a statué qu’il ne faudrait pas conclure à la complicité de « tout propriétaire, commerçant, prestataire de services (y compris publics), secrétaire, gardien

contribut[e] to a group’s crime or criminal purpose” (at paragraph 61). The applicant’s contribution does not fall into an obviously peripheral category of persons. There is evidence, for instance, to suggest that the applicant played a role as an interpreter in interrogations that could have resulted in the death of the person interrogated. It is possible to argue and debate how significant that role was (and the issue will arise again when considering duress), but I do not think it can be said that the applicant clearly cannot be held complicit if *Ezokola* is applied to his situation. There is evidence that the applicant served as an interpreter during the interrogation by German officers in the SD premises of a woman who, had she been found to be Jewish, would likely have been killed (Report, Supplement C, Tab C, at pages 893–894, 908–909). The applicant did more than simply guard a barge. By acting as an interpreter in this way, the applicant was vital to the purposes of Ek 10a because he assisted in identifying who should be eliminated. We do not know precisely how many times the applicant acted in this role, but the evidence of Mr. Huebert, Mr. Sidorenko, and Mr. Oberlander himself all appears to suggest that he played an interpretative role in Ek 10a.

[113] In conclusion on this issue, I find that *res judicata* (issue estoppel) does apply in this case and that the applicant has not established grounds that would allow me to exercise the discretion to override that doctrine and return the matter for reconsideration of the complicity issue.

B. Procedural Fairness

[114] The applicant alleges that procedural fairness was breached in two principal ways. I will deal with each in turn.

ou même contribuable apportant une quelconque contribution » (au paragraphe 57). La complicité est plutôt liée « à la contribution intentionnelle ou consciente aux crimes ou au dessein criminel [d’un] groupe » (au paragraphe 61). Sa contribution ne fait pas du demandeur un membre d’une catégorie manifestement accessoire de personnes. La preuve permet de croire, par exemple, que le demandeur a joué un rôle à titre d’interprète lors d’interrogatoires qui ont pu entraîner la mort des personnes interrogées. Il est possible de débattre de l’importance de ce rôle (cette question se posera également au regard de la contrainte), mais je ne pense pas que l’on puisse affirmer que le demandeur ne peut clairement pas être considéré comme un complice si l’arrêt *Ezokola* est appliqué à sa situation. La preuve indique que le demandeur a agi comme interprète pendant l’interrogatoire — mené par des officiers allemands dans les locaux de la SD — d’une femme qui, si on avait jugé qu’elle était juive, aurait probablement été tuée (rapport, supplément C, onglet C, aux pages 893, 894, 908 et 909). Le demandeur n’était pas seulement chargé de garder un chaland. En agissant comme interprète de cette façon, il a joué un rôle crucial pour que l’unité Ek 10a atteigne ses fins parce qu’il a contribué à identifier les personnes qui devaient être éliminées. Nous ne savons pas exactement combien de fois le demandeur a agi à ce titre, mais les témoignages de M. Huebert, de M. Sidorenko et même du demandeur semblent indiquer que ce dernier a joué un rôle d’interprète au sein de l’unité Ek 10a.

[113] En ce qui concerne cette question, je conclus que le principe de l’autorité de la chose jugée (préclusion découlant d’une question déjà tranchée) s’applique en l’espèce et que le demandeur n’a pas fait la preuve de motifs qui me permettront d’exercer le pouvoir discrétionnaire de passer outre à ce principe et de renvoyer l’affaire pour qu’elle fasse l’objet d’un nouvel examen pour ce qui est de la question de la complicité.

B. L’équité procédurale

[114] Le demandeur allègue que l’équité procédurale a été enfreinte principalement de deux façons. J’examinerai chacune d’elles successivement.

(1) Right to Comment on Minister's Final Recommendation

[115] The applicant says that not allowing him to reply to the Minister's final recommendation to the GIC resulted in procedural unfairness.

[116] The Decision and reasons in this case consist of the Order in Council that revoked the applicant's citizenship and the reasons contained in the Minister's Report. The record shows that the usual statutory process was followed in arriving at this decision.

[117] Following the Federal Court of Appeal decision in 2009 that upheld the complicity findings of the GIC but returned the matter for reconsideration on the issue of duress, the applicant was invited to make submissions on duress. He responded by submitting an affidavit and 45 pages of submissions, on April 21, 2010. The Minister then prepared an 18-page "Draft Supplementary Report and Response to Submissions" and, on June 21, 2010, sent it to the applicant so that he could provide a reply before the Minister submitted his final recommendation to the GIC. The Draft Supplementary Report made it clear that the Minister would recommend that the applicant's citizenship be revoked but that no final recommendation would be made until the Minister had received and reviewed the applicant's reply.

[118] On July 7, 2010, the applicant submitted a 37-page reply to the Minister's Draft Supplementary Report. The Minister then prepared a "Supplementary Report and Response to Submissions" which took into account the applicant's reply submissions. This was reviewed by the GIC which, on September 27, 2012, accepted the Minister's recommendation and revoked the applicant's Canadian citizenship.

[119] The applicant now complains that a breach of procedural fairness has occurred because he was not allowed an opportunity to comment upon the Supplementary

1) Le droit de faire des observations sur la recommandation finale du ministre

[115] Le demandeur prétend qu'il y a eu manquement à l'équité procédurale parce qu'il n'a pas été autorisé à répondre à la recommandation finale formulée par le ministre à l'intention du GC.

[116] Dans la présente affaire, la décision contestée et les motifs sont constitués du décret qui a révoqué la citoyenneté du demandeur et des motifs contenus dans le rapport du ministre. Il ressort du dossier que cette décision a été l'aboutissement du processus législatif habituel.

[117] Après l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale en 2009, qui a confirmé les conclusions relatives à la complicité du GC, mais renvoyé l'affaire pour que la question de la contrainte fasse l'objet d'un nouvel examen, le demandeur a été invité à présenter des observations sur cette dernière question. En conséquence, il a déposé un affidavit ainsi que 45 pages d'observations le 21 avril 2010. Le ministre a ensuite rédigé un document de 18 pages intitulé [TRADUCTION] « projet de rapport complémentaire et réponse aux observations » et, le 21 juin 2010, il l'a fait parvenir au demandeur afin que celui-ci puisse y répondre avant qu'il transmette sa recommandation finale au GC. Le projet de rapport complémentaire indiquait clairement que le ministre allait recommander la révocation de la citoyenneté du demandeur, mais qu'aucune recommandation finale ne serait faite tant que le ministre n'aurait pas reçu et examiné la réponse du demandeur.

[118] Le 7 juillet 2010, le demandeur a produit une réponse de 37 pages au projet de rapport complémentaire du ministre. Ce dernier a ensuite rédigé un document intitulé [TRADUCTION] « rapport complémentaire et réponse aux observations » qui tenait compte des observations contenues dans la réponse du demandeur. Le GC a examiné ce document puis, le 27 septembre 2012, il a accepté la recommandation du ministre et révoqué la citoyenneté canadienne du demandeur.

[119] Le demandeur se plaint maintenant qu'il y a eu manquement à l'équité procédurale parce qu'il n'a pas eu la possibilité de faire des commentaires sur le rapport

Report and Response to Submissions that dealt with his reply to the Draft Supplementary Report.

[120] First of all, I see nothing inherently unfair in the process that was followed in this case, and that is followed in other similar cases where citizenship is considered for revocation. It seems to me that the applicant was given a fair and meaningful opportunity to present his case on duress and to bring forward and comment upon the facts that supported his position. This is precisely what he did. He was told that the final recommendation would be completed after reviewing and considering his reply, and he made his reply submissions knowing that this would occur. He did not ask to see the final recommendation so that he could make further submissions. The applicant claims that the final Report is an “instrument of advocacy” and should have been disclosed. However, the applicant’s argument has been rejected by this Court and the Federal Court of Appeal: *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2003 FC 944, 238 F.T.R. 35 [cited above], at paragraphs 13–14, revd on other grounds 2004 FCA 213, [2005] 1 F.C.R. 3 [cited above], at paragraphs 34–36. In the present case, the Minister’s recommendations constitute the reasons for the Decision, and procedural fairness does not require that final reasons should be presented for possible rebuttal: see *Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 429, [2006] 1 F.C.R. 3, at paragraph 72; *Al Yamani v. Canada (Solicitor General)*, [1996] 1 F.C. 174 (T.D.), at pages 219–221. If those reasons contain a reviewable error, then the applicant has the right to bring them to the Court for review.

[121] A review of the process followed in this case leads me to conclude that the applicant was made fully aware of the case he had to meet and was given a fair and meaningful opportunity to meet that case before a final decision was made.

[122] The applicant has attempted to show that the final portion of the Minister’s Report that dealt with his reply contained new facts, new argument, and “spin” that he was not allowed to address in his own submissions.

complémentaire et la réponse aux observations, qui portaient sur sa réponse au projet de rapport complémentaire.

[120] Tout d’abord, je ne vois rien de fondamentalement inéquitable dans le processus qui a été suivi en l’espèce et qui est suivi dans d’autres affaires semblables où la révocation de la citoyenneté est envisagée. Il me semble que le demandeur a eu une possibilité juste et significative de faire valoir son point de vue sur la contrainte, d’alléguer des faits au soutien de celui-ci et de faire des commentaires à ce sujet. C’est exactement ce qu’il a fait. Il a été informé que la recommandation finale serait rédigée une fois que sa réponse aurait été examinée et prise en compte, et il a rédigé sa réponse en toute connaissance de cause. Il n’a pas demandé à voir la recommandation finale afin de pouvoir formuler d’autres observations. Le demandeur prétend que le rapport final est un « outil d’assistance judiciaire » et qu’il aurait dû être communiqué. Cette prétention a toutefois été rejetée par la Cour et par la Cour d’appel fédérale : *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2003 CF 944 [précitée], aux paragraphes 13 et 14, inf. pour d’autres motifs par 2004 CAF 213, [2005] 1 R.C.F. 3 [précité], aux paragraphes 34 à 36. En l’espèce, les recommandations du ministre constituent les motifs de la décision contestée et l’équité procédurale n’exige pas que la version finale des motifs soit présentée afin d’être éventuellement réfutée : voir *Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 429, [2006] 1 R.C.F. 3, au paragraphe 72; *Al Yamani c. Canada (Solliciteur général)*, [1996] 1 C.F. 174 (1^{re} inst.), aux pages 219 à 221. Si ces motifs renferment une erreur susceptible de contrôle, le demandeur a le droit d’en demander le contrôle à la Cour.

[121] L’examen du processus suivi dans la présente affaire m’amène à conclure que le demandeur connaissait tous les faits et éléments de preuve qu’il devait réfuter et qu’il a eu une possibilité juste et significative de le faire avant qu’une décision définitive ne soit prise.

[122] Le demandeur a tenté de démontrer que la dernière partie du rapport du ministre, qui traitait de sa réponse, faisait état de nouveaux faits, de nouvelles prétentions et d’une [TRADUCTION] « interprétation favorable » dont il n’a pas pu traiter dans ses propres observations.

[123] In my view, reasons are always an identification, interpretation and weighing of the facts. I agree that procedural unfairness could arise if something material and extrinsic was allowed into the Minister's considerations following the applicant's reply and which the applicant could not have anticipated from the draft Report. The applicant has made strenuous efforts to convince the Court that this indeed occurred. I have carefully reviewed each instance raised by the applicant against the record and I can find no justification for his allegations of procedural unfairness based upon this ground. I can find no new fact or argument, or misdescription or mischaracterization of evidence that the applicant did not address, or was not able to address, in his submissions and reply. I will address each of the applicant's arguments in turn.

Hearsay Issues

[124] The applicant says that he would have liked to make submissions regarding the Minister's explanation that he meant "hearsay" when he used the word "rumours" in the Report. The applicant wants to submit that the statements at issue were not hearsay, and he wants to expand on the Minister's definition of hearsay.

[125] The Report says that the word "rumours" was used in pointing out, at paragraph 80, that:

Mr. Oberlander's fears of being executed were based on hearsay. This is evidenced in Mr. Oberlander's own submissions at paragraphs 23, 60, 67 vii, 75, 81, and from his own affidavit, at paragraphs 19, 22, and 23. The Minister can therefore attribute very little weight to Mr. Oberlander's arguments in these paragraphs.

In footnote 76, the Report defines hearsay as:

An out-of-court statement offered to prove the truth of its contents is hearsay, or more colloquially termed a "rumour," and is generally unreliable as the third party's evidence is not subject to cross-examination. In 1941, Mr. Oberlander had no

[123] À mon avis, les motifs constituent un exposé, une interprétation et une appréciation des faits dans tous les cas. Je conviens qu'il peut y avoir manquement à l'équité procédurale si un élément important et extrinsèque est pris en considération par le ministre à la suite de la réponse du demandeur et que ce dernier n'a peut-être pas prévu en prenant connaissance du projet de rapport. Le demandeur a déployé des efforts considérables pour convaincre la Cour que cela était d'ailleurs survenu. J'ai examiné avec soin chacun des cas mentionnés par le demandeur à l'aide du dossier et j'estime que ses allégations de manquement à l'équité procédurale ne sont pas justifiées. À mon avis, il n'y a aucun nouveau fait ou prétention ni aucune description ou caractérisation erronée de la preuve dont le demandeur n'a pas traité ou n'a pas été en mesure de traiter dans ses observations et réponse. J'examinerai chacune des prétentions du demandeur successivement.

Le oui-dire

[124] Le demandeur affirme qu'il aurait aimé formuler des observations concernant l'explication donnée par le ministre selon laquelle il voulait dire « oui-dire » lorsqu'il a employé le terme [TRADUCTION] « rumeurs » dans le rapport. Le demandeur veut faire valoir que les déclarations en question n'étaient pas du oui-dire et il veut étoffer la définition du oui-dire sur laquelle le ministre s'est appuyé.

[125] Le rapport indique que le terme [TRADUCTION] « rumeurs » a été employé lorsqu'il a été souligné au paragraphe 80 :

[TRADUCTION] Les craintes d'être exécuté de M. Oberlander reposaient sur du oui-dire. C'est ce qui ressort des propres observations de M. Oberlander aux paragraphes 23, 60, 67 vii, 75 et 81 et de son propre affidavit aux paragraphes 19, 22 et 23. Par conséquent, le ministre peut attribuer très peu de valeur aux prétentions formulées par M. Oberlander dans ces paragraphes.

Le rapport définit le oui-dire dans les termes suivants, à la note de bas de page 76 :

[TRADUCTION] Une déclaration faite à l'extérieur du tribunal dans le but d'établir la véracité de son contenu est du oui-dire – ce qu'on appelle plus familièrement une « rumeur » – et n'est généralement pas digne de foi, car la preuve d'un tiers

first hand evidence that Ek10a members who attempted to desert were being killed. Rather, he bases his present claims to have feared death as the consequence for desertion, on the hearsay statements of others.

[126] The applicant says that he would have replied by informing the GIC that (applicant's record, at page 76):

[T]he evidence of the Crown's witnesses before Justice MacKay was taken under oath, in court, was firsthand experience and was not hearsay. Further, the GIC could also have been informed that hearsay evidence is admissible and weighted according to the standard of whether its source is reliable and trustworthy. Surely the Minister would not argue that the evidence of its own witnesses was not reliable and trustworthy? It is hardly rumour.

[127] I think the Report's characterization of the basis for Mr. Oberlander's assertions that he would be executed if he deserted as rumours or hearsay is fair. Based on my reading of the paragraphs that the Minister points to, Mr. Oberlander does not provide any first-hand knowledge or evidence of his belief that he would be executed if he deserted. Rather, his submissions refer to things that people told him or to excerpts from the transcript of the hearing before Justice MacKay.

[128] These statements are out-of-court statements offered for the truth of their contents. For example, in paragraph 67(vii) of the applicant's submissions, counsel submits: "[h]e was told of an incident in which a deserting German soldier had been executed. He was informed that if he tried to escape, he would be shot". This statement is offered as evidence that Mr. Oberlander would have been shot if he tried to escape. There is no information provided as to who told him this or in what context. It seems reasonable for the Minister to say that such a vague unqualified statement should be attributed very little weight.

[129] The applicant also relies on excerpts from the transcript of the hearing before Justice MacKay. For

ne peut pas être l'objet d'un contre-interrogatoire. En 1941, M. Oberlander ne disposait pas d'une preuve originale que les membres de l'unité Ek10a qui avaient tenté de désertre étaient tués. Il fonde plutôt ses prétentions actuelles concernant sa crainte d'être tué s'il déserte sur les déclarations relatées d'autres personnes.

[126] Le demandeur dit qu'il aurait répondu en informant le GC de ce qui suit (dossier du demandeur, à la page 76) :

[TRADUCTION] [L]es témoins de la Couronne ont témoigné sous serment devant le juge MacKay au cours d'une audience. Ils ont relaté des expériences qu'ils avaient vécues et leurs témoignages ne constituaient pas du oui-dire. En outre, le GC aurait pu être informé que la preuve par oui-dire est admissible et est appréciée en fonction de la fiabilité et de la crédibilité de sa source. Il ne fait aucun doute que le ministre ne prétendrait pas que la preuve produite par ses propres témoins n'était pas fiable et digne de foi? Il ne s'agit vraiment pas de rumeurs.

[127] Je pense que le rapport qualifie à juste titre de rumeurs ou de oui-dire le fondement des affirmations de M. Oberlander selon lesquelles il serait exécuté s'il désertait. Il ressort de ma lecture des paragraphes mentionnés par le ministre que M. Oberlander n'a aucune connaissance directe ni aucune preuve originale étayant sa conviction qu'il serait exécuté s'il désertait. En fait, ses observations font référence à des propos que des gens lui ont adressés ou à des extraits de la transcription de l'audience s'étant déroulée devant le juge MacKay.

[128] Ces déclarations ont été formulées à l'extérieur du tribunal dans le but d'établir la véracité de leur contenu. Au sous-alinéa 67(vii) des observations du demandeur par exemple, l'avocat soutient qu'[TRADUCTION] « on lui a parlé d'un incident au cours duquel un déserteur allemand avait été exécuté. On lui a dit qu'il serait abattu s'il tentait de s'échapper ». Cette déclaration vise à démontrer que M. Oberlander aurait été abattu s'il avait essayé de s'échapper. Or, on ne sait rien au sujet de la personne qui lui a dit cela ou du contexte dans lequel elle l'a fait. Il semble raisonnable que le ministre considère que très peu de valeur devrait être attribuée à une simple déclaration imprécise de ce genre.

[129] Le demandeur s'appuie aussi sur des extraits de la transcription de l'audience tenue devant le juge

example, at paragraph 23 of his submissions, counsel includes an excerpt from Mr. Sidorenko's testimony:

Q. From your experience over those many years what do you say would have been the consequence to you had you disobeyed an order from your commander.

A. Well, they would have shot me, that's it.

[130] Again, this is offered as proof that Mr. Oberlander would have been shot had he disobeyed. In my view, the applicant confuses the issue by claiming that the Minister cannot say that these statements are hearsay because they were made in court. The statements were not made in court for the purposes that the applicant now seeks to use them. Justice MacKay only decided that the applicant had obtained his citizenship by false representation or by knowingly concealing material circumstances within the meaning of subsection 18(1) of the Act. The reliability of such statements for the purposes of duress has not been tested.

[131] The applicant also wishes to educate the GIC that "hearsay evidence is admissible and weighted according to the standard of whether its source is reliable and trustworthy" (applicant's record, at page 76). In my view, this would not add anything to the Minister's definition of hearsay or to his treatment of the statements. It misstates the fact that hearsay statements are presumed inadmissible and must be demonstrated to be reliable *and* necessary: see *R. v. Baldree*, 2013 SCC 35, [2013] 2 S.C.R. 520, at paragraphs 34–36. Further, regardless of the definition of hearsay that the Minister used, the Minister clearly considered the hearsay statements as admissible, and simply gave them less weight because they were based on things that Mr. Oberlander claims he heard from others. The weight to be given to evidence is within the decision maker's discretion and the applicant's submission that the statements should be "weighted according to the standard of whether its source is reliable and trustworthy" is the determination that the Minister has already made.

MacKay. Au paragraphe 23 de ses observations par exemple, l'avocat cite un extrait du témoignage de M. Sidorenko :

[TRADUCTION] Q. Selon l'expérience que vous avez vécue au cours de ces nombreuses années, quelle conséquence auriez-vous encourue, à votre avis, si vous aviez désobéi à un ordre de votre commandant?

R. Ils m'auraient abattu, c'est tout.

[130] Encore une fois, cet extrait est produit pour démontrer que M. Oberlander aurait été abattu s'il avait désobéi. À mon avis, le demandeur embrouille les choses en disant que le ministre ne peut pas affirmer que ces déclarations sont du oui-dire parce qu'elles ont été faites devant le tribunal. Les déclarations n'ont pas été faites devant le tribunal aux fins auxquelles le demandeur veut maintenant les utiliser. Le juge MacKay a seulement estimé que le demandeur avait obtenu sa citoyenneté au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels au sens du paragraphe 18(1) de la Loi. La fiabilité de ces déclarations au regard de la contrainte n'a pas été vérifiée.

[131] Le demandeur veut également informer le GC que [TRADUCTION] « la preuve par oui-dire est admissible et est appréciée en fonction de la fiabilité et de la crédibilité de sa source » (dossier du demandeur, à la page 76). À mon avis, en plus de ne rien ajouter à la définition de oui-dire du ministre ou à la manière dont celui-ci a traité les déclarations, cela énonce de façon inexacte le fait que les déclarations relatées sont présumées inadmissibles et qu'il faut démontrer qu'elles sont fiables *et* nécessaires : voir *R. c. Baldree*, 2013 CSC 35, [2013] 2 R.C.S. 520, aux paragraphes 34 à 36. En outre, peu importe la définition du oui-dire qu'il a utilisée, le ministre a nettement considéré que les déclarations relatées étaient admissibles et il leur a tout simplement accordé moins de poids parce qu'elles étaient fondées sur des propos que M. Oberlander prétend avoir entendus. Le poids à accorder à la preuve relève du pouvoir discrétionnaire du décideur et le ministre avait déjà statué que, comme le demandeur le prétendait, les déclarations devaient être [TRADUCTION] « appréciée[s] en fonction de la fiabilité et de la crédibilité de [leur] source ».

[132] As a final note, the applicant made extensive submissions regarding the Minister’s use of the word “rumours” in his reply to the draft Report. The applicant, again, pointed to Mr. Sidorenko and Mr. Huebert’s testimony (see Report, Reply, Tab H, at paragraph 30), made arguments as to the credibility of Mr. Oberlander’s statements (see Report, Reply, Tab H, at paragraph 63), and attached three news articles. It seems to me that the applicant has already made arguments going to the trustworthiness and reliability of this evidence.

[133] In my view, there is no merit to the applicant’s argument that the statements he seeks to rely on are not hearsay. The applicant’s desire to advise the GIC that hearsay statements can be admissible is irrelevant because the statements were treated as admissible. The applicant simply disagrees with the weight they were given.

Journal Articles

[134] The applicant says he would have liked to make submissions regarding the Minister’s treatment of the articles that he included with his reply submissions to the GIC. He says that “[t]he Minister has misunderstood and misconstrued the journals presented and the law cited” (applicant’s record, at page 77).

[135] The applicant submitted three news articles. The first article is from *BBC News* [Moore, Tristana, “Nazi deserter hails long-awaited triumph” (September 8, 2009)] and reports on the fact that the German parliament revoked the convictions of those convicted of desertion by Nazi military tribunals. It states that “[a]ccording to historians, around 30,000 people were sentenced to death for desertion or treason by Nazi military tribunals during World War II, and some 20,000 were executed.”

[136] The second article is from *Jurist* [Marinero, Ximena, “Germany passes law to exonerate Nazi-era ‘war traitors’” (September 9, 2009)]. *Jurist* is a website

[132] Enfin, le demandeur a formulé de multiples observations concernant l’emploi, par le ministre, du terme [TRADUCTION] « rumeurs » dans sa réponse au projet de rapport. Il a à nouveau fait référence aux témoignages de M. Sidorenko et de M. Huebert (voir rapport, réponse, onglet H, au paragraphe 30), a formulé des observations concernant la crédibilité de ses déclarations (voir rapport, réponse, onglet H, au paragraphe 63) et a joint trois articles de journal. Il me semble que le demandeur a déjà présenté des observations concernant la véracité et la fiabilité de cette preuve.

[133] À mon avis, la prétention du demandeur selon laquelle les déclarations sur lesquelles il cherche à s’appuyer ne sont pas du oui-dire n’est pas fondée. Le désir du demandeur d’informer le GC que les déclarations relatées peuvent être admissibles n’est pas pertinent puisque les déclarations ont été traitées comme si elles étaient admissibles. Le demandeur est tout simplement en désaccord avec le poids qui leur a été accordé.

Les articles de journal

[134] Le demandeur dit qu’il aurait aimé formuler des observations concernant la manière dont le ministre a traité les articles qu’il a joints aux observations transmises au GC en réponse au rapport. Il dit que [TRADUCTION] « [l]e ministre a mal compris et mal interprété les journaux produits et les règles de droit citées » (dossier du demandeur, à la page 77).

[135] Le demandeur a produit trois articles. Le premier, qui provient de *BBC News* [Moore, Tristana, « Nazi deserter hails long-awaited triumph » (8 septembre 2009)], indique que le parlement allemand a annulé les condamnations prononcées contre les personnes déclarées coupables de désertion par les tribunaux militaires nazis. Il souligne que, [TRADUCTION] « [s]elon des historiens, 30 000 personnes environ ont été condamnées à la peine de mort pour désertion ou trahison par les tribunaux militaires nazis pendant la Deuxième Guerre mondiale et quelque 20 000 ont été exécutées ».

[136] Le deuxième article est tiré de *Jurist* [Marinero, Ximena, « Germany passes law to exonerate Nazi-era ‘war traitors’ » (9 septembre 2009)]. *Jurist* est un site

with legal news stories written and edited by law students who work under the supervision of a law professor. The article says that “[t]he law clears the convictions of an estimated 30,000 convicted German citizens, of which about 20,000 were executed during World War II.” The article goes on to say that “[t]he German parliament relied on new research by two military historians that found that most of the offenders were low ranking soldiers.”

[137] The third article is from *Spiegel* [Hawley, Charles, “Overturning Hitler’s Military Tribunals: Germany Considers Rehabilitating Soldiers Executed for ‘Treason’” (June 29, 2007)]. *Spiegel* is a German news website. This article reports on a debate in the German parliament about whether to revoke the convictions of those convicted of war treason by the Nazi Military Tribunal. A picture caption reads: “The Nazis executed more than 30,000 Wehrmacht soldiers. Thousands, however, still bear the scarlet letter of conviction—in many cases unjustly.” There is also a line regarding a statement from a member of the German parliament: “Korte [a German Left Party parliamentarian] points to the fact that Germany’s military courts, which passed down fully 30,000 death penalties during the Third Reich, were one of the most powerful arms of Nazi oppression.”

[138] The Minister describes these articles as “internet news printouts referring to the number of soldiers of the German forces executed during WWII” (Report, at paragraph 81).

[139] The Report relies on five Federal Court cases to say that the jurisprudence is clear that newspaper articles are less reliable evidence. All five cases were judicial reviews of failed refugee claims. In each of them, the claimant made a procedural fairness argument on the basis that the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (Board) ignored the newspaper articles that they submitted.

Web offrant des nouvelles juridiques rédigées et publiées par des étudiants en droit qui travaillent sous la supervision d’un professeur de droit. L’article dit que [TRADUCTION] « [l]e droit a effacé les condamnations d’environ 30 000 citoyens allemands déclarés coupables, dont 20 000 ont été exécutés pendant la Deuxième Guerre mondiale ». L’article indique ensuite que [TRADUCTION] « le parlement allemand s’est appuyé sur une nouvelle recherche effectuée par deux historiens militaires révélant que la plupart des délinquants étaient des soldats subalternes ».

[137] Le troisième article est tiré de *Spiegel* [Hawley, Charles, « Overturning Hitler’s Military Tribunals: Germany Considers Rehabilitating Soldiers Executed for “Treason” » (29 juin 2007)]. *Spiegel* est un site Web allemand de nouvelles. L’article fait état d’un débat s’étant déroulé au parlement allemand au sujet de l’annulation des condamnations des personnes déclarées coupables de trahison en temps de guerre par le tribunal militaire nazi. La légende d’une photo est libellée ainsi : [TRADUCTION] « Les Nazis ont exécuté plus de 30 000 soldats de la Wehrmacht. Des milliers portent toutefois encore les stigmates de la condamnation—injustement dans de nombreux cas. » L’article rapporte également les propos d’un membre du parlement allemand selon lesquels [TRADUCTION] « Korte [un parlementaire du parti de gauche allemand] souligne que les tribunaux militaires allemands, qui ont infligé 30 000 fois la peine de mort au cours du Troisième Reich, constitueraient l’un des éléments les plus puissants de l’oppression nazie ».

[138] Le ministre fait valoir au sujet de ces articles qu’il s’agit d’[TRADUCTION] « imprimés d’Internet faisant état du nombre de soldats des forces allemandes exécutés au cours de la Deuxième Guerre mondiale » (rapport, au paragraphe 81).

[139] S’appuyant sur cinq décisions de la Cour, le rapport indique que la jurisprudence établit clairement que les articles de journal sont des éléments de preuve moins fiables. Les cinq décisions avaient trait à des contrôles judiciaires visant le rejet de demandes d’asile. Dans chacune d’elles, le demandeur d’asile avait invoqué un argument relatif à l’équité procédurale en faisant valoir que la Section de la protection des réfugiés de la

[140] In *Pehtereva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 200 (F.C.T.D.) (*Pehtereva*), the Court dismissed the applicant's claim that the tribunal ignored the applicant's documentary evidence. The Board said it had accepted the independent objective documentary evidence over the anecdotal newspaper articles. Justice MacKay said (at paragraph 12): "even if the newspaper articles submitted by the applicant provided examples indirectly supportive of the applicant's claim ... it is trite law that the weight to be assigned to given documents or other evidence is a matter for the tribunal concerned."

[141] In *Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 494, at paragraph 18, the Court said:

... the Board here simply preferred its own objective and more reliable documentation, to the applicant's evidence consisting mainly of newspaper's reports on sporadic incidents that do not necessarily describe the general situation in the Punjab concerning the disappearance of Sikh militancy.

[142] In *Myle v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1073, 66 Imm. L.R. (3d) 214 (*Myle*), the Board did not consider the news articles that the applicant submitted, but other news articles from this source were included in the Board's documents. The Court said that the Board was wrong to say that a source was unreliable when it was a source that the Board had itself relied on.

[143] In *Bermudez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 681, the Court cited *Pehtereva*, above, and said it was satisfied that the tribunal properly assessed the objective and subjective facets of the applicant's claim.

Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) n'avait pas tenu compte des articles qu'il avait produits.

[140] Dans la décision *Pehtereva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1491 (1^{re} inst.) (QL) (*Pehtereva*), la Cour a rejeté la prétention de la demanderesse selon laquelle le tribunal administratif n'avait pas tenu compte de sa preuve documentaire. La Commission a dit qu'elle avait accepté la preuve documentaire objective indépendante plutôt que les articles de journal anecdotiques. Le juge MacKay a dit (au paragraphe 12) : « Même si les articles soumis par la requérante donnaient des exemples qui étayaient indirectement sa revendication, il est établi que le poids à attribuer à des documents donnés ou à d'autres éléments de preuve relève de la compétence du tribunal en cause. »

[141] Dans la décision *Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 494, la Cour a dit au paragraphe 18 :

La Commission, en l'espèce, a tout simplement privilégié sa propre preuve, objective et plus fiable, celle du demandeur renfermant principalement des articles de journaux sur des incidents ponctuels, articles qui ne décrivent pas nécessairement la situation générale dans le Penjab quant à la disparition du militantisme sikh.

[142] Dans la décision *Myle c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 1073 (*Myle*), la Commission n'avait pas tenu compte des articles produits par la demanderesse, mais d'autres articles provenant de la même source figuraient dans les documents de la Commission. Selon la Cour, la Commission avait eu tort de dire qu'une source n'était pas fiable alors qu'elle s'était elle-même appuyée sur celle-ci.

[143] Dans la décision *Bermudez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 681, la Cour a cité la décision *Pehtereva*, précitée, et a dit qu'elle était convaincue que le tribunal administratif avait bien évalué les aspects objectif et subjectif de la demande d'asile de la demanderesse.

[144] In *Agastra v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 548 (*Agastra*), the Court said (at paragraph 43):

The Applicant in this case is referring to evidence he submitted in the form of a number of articles, which primarily report on abuses committed by the government in association with the 2004 DP demonstration. The Board addressed the articles submitted by the Applicant by explaining how journalistic articles in Albania are highly politicized and sensationalized and are generally not reliable. On the other hand, the Board referred in detail to sources of documentary evidence from the U.S. State Department and the British Home Office that tended to discredit the Applicant's claims. It is trite law that the Board, as a trier of fact, is entitled to prefer some documentary evidence to other evidence, and in this case the Board gave reasons for doing so.

[145] In the present case, the Report says that “[t]he caselaw is clear that newspaper articles are less reliable evidence. There is no presumption of truth and they certainly are not sworn evidence” (at paragraph 82, footnote omitted).

[146] The applicant says that the Minister misunderstood and misconstrued both the articles and the case law. The applicant would like to have advised the GIC that the findings of the Court are specific to each case because the articles were “untranslated” or “anecdotal” or “highly politicized and sensationalized.” In contrast, the applicant says the articles that he relies on are from “highly reputable journals” that were reporting on “the German Parliament, statements made from the German Justice Minister and a legal expert for the German Parliament, Norbert Geis”.

[147] I do not think there is any merit to the applicant's complaint that the Minister misunderstood and misconstrued the articles. The articles are printouts from internet news websites. In the course of reporting on the German parliament's decisions and debates regarding whether to revoke convictions handed out by the Nazi Military Tribunal, the articles reference the fact that the Nazis executed a number of German soldiers as punishment for their convictions. The points for which the applicant would like to rely on them are made in

[144] Dans la décision *Agastra c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 548 (*Agastra*), la Cour a dit (au paragraphe 43) :

Le demandeur se réfère ici à des preuves qu'il a présentées, et qui consistent en plusieurs articles évoquant surtout les abus commis par le gouvernement à l'occasion de la manifestation du PD de 2004. La Commission a examiné les articles présentés par le demandeur, pour expliquer ensuite que les articles publiés dans les journaux albanais sont très politisés et sensationnalistes et ne sont pas en général dignes de foi. La Commission s'est par ailleurs référée en détail à des preuves documentaires du Département d'État des États-Unis et du Home Office du Royaume-Uni, qui généralement discréditaient les affirmations du demandeur. Il est bien établi en droit que la Commission, en tant que juge des faits, est fondée à préférer une preuve documentaire à une autre et, en l'espèce, la Commission a donné les raisons qu'elle avait d'agir ainsi.

[145] En l'espèce, le rapport indique que [TRADUCTION] « la jurisprudence établit clairement que les articles de journal sont des éléments de preuve moins fiables. Aucune présomption de véracité ne s'applique et il ne s'agit assurément pas de témoignages sous serment » (au paragraphe 82, note de bas de page omise).

[146] Le demandeur prétend que le ministre a mal compris et mal interprété les articles de journal et la jurisprudence. Il aimerait avoir informé le GC que les conclusions de la Cour sont propres à chaque cas parce que les articles [TRADUCTION] « ne sont pas traduits » ou qu'ils étaient [TRADUCTION] « anecdotiques » ou [TRADUCTION] « très politisés et sensationnalistes ». Par contre, il affirme que les articles qu'il invoque proviennent de [TRADUCTION] « journaux très réputés » et traitent [TRADUCTION] « du parlement allemand, des déclarations du ministre allemand de la Justice et d'un expert juridique du parlement allemand, Norbert Geis ».

[147] Je ne pense pas que la plainte du demandeur selon laquelle le ministre a mal compris et mal interprété les articles soit fondée. Les articles sont des imprimés de sites Internet de nouvelles. En traitant des décisions et des débats du parlement allemand concernant la possibilité d'annuler des condamnations prononcées par le tribunal militaire nazi, les articles mentionnent que les Nazis ont exécuté un certain nombre de soldats allemands déclarés coupables. Les questions pour lesquelles le demandeur aimerait s'appuyer sur ces articles ont été

passing, and are not substantiated by any discussion or reference to their sources. I think the Minister described the articles quite fairly.

[148] The fairest summary of the cases may be that the Court's jurisprudence finds it reasonable for the Board to give more weight to objective, independent documentary evidence than to newspaper articles. The one exception is *Myle*, above, where the Court said the Board could not say a source is unreliable if it relies upon it itself. It is not clear why the Report includes this case as it is not applicable to this situation and does not fit in with the other cases cited. However, this is not what the applicant says he would like to correct and it would not assist his argument.

[149] In my view, the applicant is wrong in saying that the Court has only said that newspaper articles are less reliable evidence when "not translated", "anecdotal", or "highly politicized and sensationalized". The applicant does not point to any additional case law, and none of the cases that the Minister cites distinguish these points. In *Pehtereva*, the Court notes that the articles were translated into English. It is clear, though, that the articles were not given less weight because they were translated, but rather because they were anecdotal news reports. The Board preferred the independent, objective reports and the Court found this to be reasonable.

[150] In my view, the Court does not distinguish between anecdotal and non-anecdotal news articles in any of the cases. The argument that the Court only rejects newspaper articles when they are anecdotal would not assist the applicant anyway. The BBC story that the applicant submits is an anecdotal account of one person's experience of having his conviction revoked.

[151] In *Agastra*, above, the Court said that it was reasonable for the Board to consider the newspaper articles less reliable because they were highly politicized and sensationalized. I think this is the only point that the

soulevées en passant et ne s'appuient sur aucune analyse ni sur aucun renvoi à leurs sources. Je pense que le ministre a plutôt bien décrit les articles.

[148] La meilleure façon de résumer les décisions est peut-être de dire que la Cour estime qu'il est raisonnable pour la Commission d'accorder un plus grand poids à une preuve documentaire indépendante et objective qu'à des articles de journal. La seule exception est la décision *Myle*, précitée, où la Cour a indiqué que la Commission ne pouvait pas considérer qu'une source n'était pas fiable si elle se fondait elle-même sur elle. On ignore pourquoi cette décision est mentionnée dans le rapport, car elle ne s'applique pas à la présente situation et ne concorde pas avec les autres décisions citées. Cependant, ce n'est pas ce que le demandeur dit qu'il aimerait corriger et cette décision ne lui est pas utile.

[149] À mon avis, le demandeur a tort lorsqu'il affirme que la Cour a seulement dit que les articles de journal sont moins fiables lorsqu'ils [TRADUCTION] « ne sont pas traduits » ou qu'ils sont [TRADUCTION] « anecdotiques » ou [TRADUCTION] « très politisés et sensationnalistes ». Le demandeur n'invoque aucune décision judiciaire additionnelle, et aucune des affaires citées par le ministre n'établit de distinction sur ce point. Dans la décision *Pehtereva*, la Cour souligne que les articles ont été traduits en anglais. Il ne fait aucun doute cependant qu'un poids plus faible n'a pas été accordé aux articles parce qu'ils étaient traduits, mais plutôt parce qu'ils étaient anecdotiques. La Commission a préféré les textes objectifs et indépendants et la Cour a estimé que cela était raisonnable.

[150] À mon avis, la Cour ne fait aucune différence entre les articles anecdotiques et les autres articles dans ces décisions. La prétention voulant qu'elle rejette seulement les articles de journal lorsqu'ils sont anecdotiques n'aide en rien le demandeur. Le reportage de la BBC que le demandeur produit est le récit anecdotique de l'expérience d'une personne qui a vu sa condamnation être annulée.

[151] Dans la décision *Agastra*, précitée, la Cour a dit qu'il était raisonnable pour la Commission de considérer que les articles de journal étaient moins fiables parce qu'ils étaient très politisés et sensationnalistes. Je pense

applicant could have made. He could have submitted to the GIC that, in one of the cases that the Report cites, the articles were said to be unreliable because they were highly politicized and sensationalized. However, this clarification would not change the principle that newspaper articles are typically given less weight than objective, independent documentary evidence. It also would not, in my view, affect the legal principle that a decision maker is entitled to weigh evidence. I cannot see how the applicant's procedural fairness rights have been breached by his inability to add this caveat to one of the cases that the Report cites. The Report does not try to claim that the applicant's submissions are highly politicized and sensationalized; it just relies on the cases to establish a legal principle relating to the evidentiary weight typically given to newspaper articles.

[152] Even if the Court was inclined to look into the weight given to the articles, it seems reasonable for the Report to state that the articles should be given little weight. As the Report points out, the articles discuss soldiers, and the applicant does not present anything to link their circumstances to those of Einsatzkommando members. The articles also do not refer to any sources; they state that the number of Nazis executed is "according to historians".

[153] In my view, there is no merit to the applicant's submission that the Minister misunderstood the articles or the case law. The applicant wants to make submissions regarding why the newspaper articles in the cases he cites were unreliable and why his articles are reliable, but that does not change the fact that the weight the articles are to be given is for the Minister to decide.

[154] I would also note that the Minister was not raising a new argument. This discussion is an explicit reply to the applicant's submissions regarding the newspaper articles.

que c'est le seul point que le demandeur pouvait démontrer. Il aurait pu faire valoir auprès du GC que, dans l'une des affaires citées dans le rapport, la Cour avait considéré que les articles n'étaient pas fiables parce qu'ils étaient très politisés et sensationnalistes. Cet éclaircissement n'aurait cependant rien changé au principe selon lequel le poids accordé aux articles de journal est généralement moins grand que celui attribué à une preuve documentaire indépendante et objective. Il n'aurait pas non plus, à mon avis, eu une incidence sur le principe juridique voulant qu'un décideur soit habilité à soupeser la preuve. Je ne vois pas comment les droits du demandeur en matière d'équité procédurale ont été violés par son incapacité d'ajouter cette réserve à l'égard de l'une des décisions mentionnées dans le rapport. Celui-ci n'essaie pas de prétendre que les observations du demandeur sont très politisées et sensationnalistes; il s'appuie seulement sur les décisions pour établir un principe juridique relatif à la valeur probante habituellement attribuée aux articles de journal.

[152] Même si la Cour était disposée à examiner le poids accordé aux articles, il semble raisonnable que le rapport indique qu'un faible poids devait leur être attribué. Comme le rapport le souligne, les articles parlent de soldats, et le demandeur n'a présenté aucun élément de preuve établissant un lien entre leur situation et celle des membres de l'Einsatzkommando. De plus, les articles ne mentionnent aucune source; ils indiquent que le nombre de Nazis exécutés est établi [TRADUCTION] « selon les historiens ».

[153] À mon avis, la prétention du demandeur selon laquelle le ministre a mal compris les articles ou la jurisprudence est dénuée de fondement. Le demandeur veut présenter des observations expliquant pourquoi les articles de journal dont il est question dans les décisions qu'il cite n'étaient pas fiables et pourquoi ses propres articles le sont, mais cela ne change rien au fait qu'il incombe toujours au ministre de déterminer le poids à leur accorder.

[154] J'aimerais aussi mentionner que le ministre ne soulevait pas un nouvel argument. La présente analyse répond explicitement aux observations du demandeur concernant les articles de journal.

Reliance on *Valle Lopes*

[155] The applicant also says that he would have provided a caveat to the Minister’s reliance on *Valle Lopes*, above, in the final Report, and he would have advised the GIC that the Minister misunderstood the context of the *Valle Lopes* decision.

[156] The Minister’s reliance on *Valle Lopes* is a response to Mr. Oberlander’s reply submissions regarding whether he had a safe avenue of escape (Report, at paragraph 89):

Mr. Oberlander’s submissions are an argument that the possibility of death for desertion is a *carte blanche* excuse for complicity in the atrocities committed by the Nazis. The Federal Court has dismissed this argument and stated that such allegations must be assessed on the weight and reliability of evidence in support of the allegations before it. In a recent decision of the Federal Court, Justice O’Keefe held that, “[t]he applicant appears to argue that the possibility of death for desertion is a *carte blanche* excuse for participation in the commission of atrocities. I know of no authority in support of this principle. The Board is free to weigh the evidence before it and come to its own conclusion on whether an individual ought to have attempted to leave.”

[157] The applicant claims that a “careful reading of the Lopez [*sic*] decision discloses that the Court’s statement was made in relation to evidence that the applicant may have been able to escape from the military and in fact did, when faced with imminent harm” (applicant’s record, at page 77).

[158] The “careful reading” that the applicant refers to appears in the very next paragraph to the one quoted above. Justice O’Keefe says that the Board is free to weigh the evidence as it likes (*Valle Lopes*, above, at paragraph 108):

While the applicant may disagree with the result, in my view, it was reasonable for the Board to make the determination it did. The Board surmised that while leaving the organization may have put the applicant in grave danger when weighed against the atrocities they were committing, it was the

Le recours à la décision *Valle Lopes*

[155] Le demandeur affirme également qu’il aurait formulé une réserve à l’égard du recours à la décision *Valle Lopes*, précitée, par le ministre dans le rapport final, et il aurait informé le GC que le ministre avait mal compris le contexte de cette décision.

[156] Le ministre invoque la décision *Valle Lopes* pour répondre aux observations présentées en réponse par M. Oberlander au sujet de la question de savoir s’il disposait d’un moyen de s’en sortir sans danger (rapport, au paragraphe 89) :

[TRADUCTION] Dans ses observations, M. Oberlander prétend que le risque d’être abattu pour cause de désertion est une carte blanche qui excuse la complicité dans la perpétration des atrocités commises par les Nazis. La Cour fédérale a rejeté cette prétention et a déclaré que de telles allégations doivent être soupesées en tenant compte du poids et de la fiabilité de la preuve étayant les allégations qui lui ont été présentées. Dans une décision récente de la Cour fédérale, le juge O’Keefe a statué que « [l]e demandeur, semble-t-il, fait valoir que le risque de mort auquel l’exposait la désertion lui donnait carte blanche et excusait sa participation à la commission d’atrocités. À ma connaissance, aucune décision judiciaire n’appuie ce principe. La Commission est libre d’apprécier la preuve dont elle est saisie et d’arriver à sa propre conclusion sur le fait de savoir si la personne aurait dû tenter de partir ».

[157] Le demandeur prétend qu’une [TRADUCTION] « lecture attentive de la décision *Lopez* [*sic*] révèle que la Cour a fait cette déclaration au sujet d’une preuve indiquant qu’il aurait pu s’échapper de l’armée — ce qu’il a d’ailleurs fait — s’il avait été exposé à un préjudice imminent » (dossier du demandeur, à la page 77).

[158] La [TRADUCTION] « lecture attentive » à laquelle le demandeur fait référence est décrite dans le paragraphe suivant celui reproduit ci-dessus. Le juge O’Keefe affirme que la Commission est libre de soupeser la preuve comme elle l’entend (*Valle Lopes*, précitée, au paragraphe 108) :

Il se peut que le demandeur ne soit pas d’accord avec le résultat, mais j’estime qu’il était raisonnable pour la Commission de rendre cette décision. La Commission a supposé que si la désertion de l’organisation pouvait exposer le demandeur à un grave danger, lorsque ce danger était mis en balance avec les

only acceptable course of action. The Board accepted that Battalion 3-16 would likely attempt to hunt down and kill deserters, but it felt that the applicant was not in imminent harm when he was participating in crimes against humanity. He was not under constant watch and a carefully planned desertion could have been executed much earlier. The Board also considered that when the applicant found himself in danger of imminent harm, he was able to escape. It was not unreasonable for the Board to consider these factors. The weight it placed on each factor is not something the Court is entitled to interfere with. Thus, the Board's conclusion stands.

[159] This paragraph does not, in my view, change what Justice O'Keefe said about there being no authorities to support the argument that death for desertion is not a *carte blanche*. Justice O'Keefe found it was reasonable for the Board to hold that the claimant should have tried to escape even though it was likely he would have been hunted down and killed. The Minister did not, in my view, misunderstand the context of the *Valle Lopes* decision by relying on an isolated quotation. However, the applicant's submission suggests to me that the applicant may have misunderstood the full context of the decision.

[160] The Report already points out that Justice O'Keefe said that the Board could weigh factors and reach its own conclusion regarding whether a claimant should have tried to escape. Nothing would be added by making a submission to the GIC that provides one of the factors that was reasonable to consider. I think that would actually misrepresent the decision. Justice O'Keefe says the weight to be given to the factors is for the Board to consider. Singling out one of the factors that Justice O'Keefe mentioned might suggest that he said that particular factor was to be given more weight.

Reliance on *Duch*

[161] The applicant also says he should have been allowed to submit a caveat to the Minister's reliance on *Prosecutor v. KAING Guek Eav alias Duch* Case File/ Dossier No. 001/18-07-2007/ ECCC/TC, Extraordinary

atrocités commises, la désertion était la seule option acceptable. La Commission a admis que le bataillon 3-16 chercherait vraisemblablement à traquer et tuer les déserteurs, mais elle avait le sentiment que le demandeur n'était pas exposé à un danger imminent quand il participait à des crimes contre l'humanité. Il n'était pas sous une surveillance constante et une fuite soigneusement planifiée aurait pu être mise en œuvre longtemps avant. La Commission a aussi tenu compte du fait qu'au moment où le demandeur s'est trouvé lui-même en présence d'un danger imminent, il a pu s'enfuir. Il n'était pas déraisonnable pour la Commission de prendre ces facteurs en considération. Le poids accordé à chacun n'est pas un élément que la Cour a le droit de modifier. Par conséquent, la conclusion de la Commission est maintenue.

[159] À mon avis, ce paragraphe ne change pas ce que le juge O'Keefe a dit au sujet de l'absence de précédents permettant de conclure que l'exécution en cas de désertion n'est pas une carte blanche. Selon le juge O'Keefe, il était raisonnable que la Commission statue que le demandeur d'asile aurait dû essayer de s'enfuir même s'il risquait d'être traqué et tué. Le ministre n'a pas, à mon avis, mal compris le contexte dans lequel la décision *Valle Lopes* a été rendue en s'appuyant sur une citation isolée. La thèse du demandeur me laisse toutefois croire que celui-ci a peut-être mal compris le contexte de la décision.

[160] Le rapport souligne déjà que le juge O'Keefe a dit que la Commission pouvait soupeser des facteurs concernant la question de savoir si un demandeur d'asile aurait dû essayer de s'enfuir, puis tirer sa propre conclusion à ce sujet. Il n'aurait servi à rien de présenter au GC des observations mettant en évidence l'un des facteurs qu'il était raisonnable de prendre en compte. Je pense que cela décrit de façon inexacte la décision. Le juge O'Keefe dit que c'est à la Commission qu'il incombe de déterminer le poids à accorder aux facteurs. Mettre en évidence l'un des facteurs que le juge O'Keefe a mentionnés pourrait laisser croire qu'il a dit qu'un poids plus important devait être accordé à ce facteur en particulier.

Le recours à la décision *Duch*

[161] Le demandeur affirme en outre qu'il aurait dû être autorisé à formuler une réserve à l'égard de la décision *Prosecutor c. KAING Guek Eav alias Duch*, dossier n° 001/18-07-2007/ECCC/TC, Chambres extraordinaires

Chambers in the Court of Cambodia (*Duch*). He argues that his personal circumstances were different from those of the defendant in *Duch*.

[162] The Minister’s use of the case follows his reliance on *Valle Lopes* for the proposition that death for desertion is not a *carte blanche* excuse for participation in atrocities (Report, at paragraph 90):

Likewise, the Extraordinary Chambers in the Court of Cambodia (ECCC) found that duress cannot be used as a *carte blanche* excuse. In the recent reasons for decision of the *Duch* case, the ECCC stated that, “[t]he Chamber accepts that towards the end of the existence of S-21, the Accused may have feared that he or his close relatives would be killed if his superiors found his conduct unsatisfactory. Duress cannot however be invoked when the perceived threat results from the implementation of a policy of terror in which he himself has willingly and actively participated. [Footnote omitted.]

[163] The applicant says that his situation is clearly distinguishable from that of *Duch*. The applicant says that *Duch* was a leader who was instrumental in formulating a policy that resulted in the torture and murder of people. He also says that *Duch* was not conscripted, nor was he threatened with death if he did not work under these policies.

[164] The Minister relies on *Duch* to establish a point of law. The applicant would like to make representations distinguishing himself from the defendant in that case but, in my view, this would have no impact upon the point of law for which *Duch* is cited. Further, the applicant has already made extensive submissions regarding whether or not he was conscripted and whether he was threatened with death. There is nothing in this submission that is not already before the GIC.

The Age Issue

[165] The applicant complains that “the Minister claims that Mr. Oberlander is only now asserting that he

au sein des tribunaux cambodgiens (*Duch*), qui a été invoquée par le ministre. Il prétend que sa situation personnelle était différente de celle du défendeur dans cette affaire.

[162] Le ministre invoque cette décision après la décision *Valle Lopes* pour démontrer que la mort en cas de désertion n’est pas une carte blanche qui excuse la participation à la perpétration d’atrocités (rapport, au paragraphe 90) :

[TRADUCTION] De même, les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (les CETC) ont décidé que la contrainte ne peut pas être utilisée comme une carte blanche et servir d’excuse. Dans les motifs de décision rendus récemment dans *Duch*, les CETC ont déclaré que « la Chambre reconnaît que, peu de temps avant la disparition du S-21, l’accusé avait pu craindre que lui ou ses proches parents soient tués si ses supérieurs jugeaient sa conduite insatisfaisante. La contrainte ne peut cependant pas être invoquée lorsque la menace perçue résulte de la mise en œuvre d’une politique de terreur à laquelle il a lui-même participé activement et volontairement. [Note de bas de page omise.]

[163] Le demandeur affirme que sa situation est manifestement différente de celle de la décision *Duch*. Il fait valoir que *Duch* était un dirigeant qui avait participé à l’élaboration d’une politique ayant entraîné la torture et la mort de personnes. Il dit aussi que *Duch* n’avait pas été enrôlé de force et qu’il n’avait pas été menacé de mort s’il ne respectait pas ces politiques.

[164] Le ministre s’appuie sur la décision *Duch* pour établir un point de droit. Le demandeur aimerait présenter des observations qui montrent que sa situation est différente de celle du défendeur dans la décision *Duch*, ce qui, à mon avis, n’aurait aucune incidence sur le point de droit pour lequel cette décision est invoquée. En outre, le demandeur a déjà formulé un grand nombre d’observations sur la question de savoir s’il avait été enrôlé de force et sur la question de savoir s’il avait été menacé de mort. Il n’invoque aucun élément dont ne disposait pas déjà le GC.

L’âge

[165] Le demandeur se plaint du fait que [TRADUCTION] « le ministre prétend que ce n’est que maintenant [qu’il]

was 17 years old when he was forcibly conscripted as an interpreter and that he maintained before Justice MacKay that he was 18 years old when this occurred” (applicant’s record, at page 78).

[166] The applicant refers to paragraph 101 of the Report:

Mr. Oberlander’s actual age when he joined has been at issue from day 1. While it has been the Minister’s position that Mr. Oberlander joined when he was 17 years old, Mr. Oberlander maintained that he was 18 years old. Mr. Oberlander now argues that he was only 17, contrary to his own evidence that he joined in the month of his eighteenth birthday.

[167] In addition, footnote 90 reads: “[a]lthough the minister’s evidence [was] that Mr. Oberlander joined the Ek10a some months prior to his eighteenth birthday, the Court made no finding regarding the timing of the commencement of his service. In any event, Mr. Oberlander was close to his 18th birthday or already 18 when he joined the Nazis.”

[168] The applicant says that he should have been allowed to point out to the GIC that it is disingenuous for the Minister to say that the applicant stated he joined when he was 18. The applicant’s evidence is that he joined in February 1942. His 18th birthday was February 15, 1942. The applicant says that this means he was clearly taken before February 15, 1942 and so was 17 at the time he was taken.

[169] I do not think there is any substance to this argument. The applicant wants to submit that he was only 17 because he was taken between February 1 and February 14, 1942. The Report’s language probably is not as clear as it could be. However, the Report does say that the Minister and Mr. Oberlander have disagreed on the date he was recruited; it says that Mr. Oberlander has always said it was in the month of his 18th birthday; and, it says: “Mr. Oberlander was close to his 18th birthday or already 18 when he joined the Nazis.”

[170] In my view, the applicant’s claim that he must have been taken before February 15 adds nothing to this

fait valoir qu’il avait 17 ans lorsqu’il a été enrôlé de force à titre d’interprète, alors qu’il a prétendu devant le juge MacKay qu’il était âgé de 18 ans à l’époque » (dossier du demandeur, à la page 78).

[166] Le demandeur renvoie au paragraphe 101 du rapport :

[TRADUCTION] L’âge réel de M. Oberlander lorsqu’il s’est joint aux forces est en litige depuis le premier jour. Selon la thèse du ministre, M. Oberlander avait 17 ans à ce moment-là, alors que ce dernier a affirmé qu’il en avait 18. Monsieur Oberlander prétend maintenant qu’il avait seulement 17 ans, contrairement à son propre témoignage selon lequel il s’est joint aux forces au cours du mois de son 18^e anniversaire de naissance.

[167] En outre, la note de bas de page 90 indique : [TRADUCTION] « Bien que, selon la preuve du ministre, M. Oberlander se soit joint à l’unité Ek 10a quelques mois avant son 18^e anniversaire de naissance, la Cour n’a tiré aucune conclusion quant au moment où M. Oberlander a commencé à servir. Quoiqu’il en soit, ce dernier avait près de 18 ans ou avait atteint cet âge lorsqu’il s’est joint aux Nazis. »

[168] Le demandeur soutient qu’il aurait dû être autorisé à faire remarquer au GC que le ministre avait agi de mauvaise foi lorsqu’il avait dit que le demandeur avait affirmé s’être joint aux Nazis à l’âge de 18 ans. Le demandeur a déclaré dans son témoignage qu’il s’était joint aux Nazis en février 1942. Il a eu 18 ans le 15 février 1942. Selon lui, il ne fait donc aucun doute qu’il a été enrôlé avant le 15 février 1942, à l’âge de 17 ans.

[169] À mon avis, cette prétention n’est pas fondée. Le demandeur veut faire valoir qu’il était âgé de 17 ans seulement parce qu’il a été enrôlé entre le 1^{er} et le 14 février 1942. Le rapport aurait pu être plus clair. Il mentionne cependant que le ministre et M. Oberlander ne s’entendaient pas sur la date à laquelle ce dernier avait été recruté. Il souligne que M. Oberlander a toujours dit que c’était au cours du mois de son 18^e anniversaire de naissance et que [TRADUCTION] « [M. Oberlander] avait près de 18 ans ou avait atteint cet âge lorsqu’il s’est joint aux Nazis ».

[170] À mon avis, la prétention du demandeur selon laquelle il a été enrôlé de force avant le 15 février 1942

discussion. The fact that he claims he was taken in February 1942 is already before the GIC. The applicant's age is related to his maturity and his awareness of what he was doing. I do not see how the disagreement made any difference to the Report's findings on maturity. The applicant's initial submissions to the Minister went to great pains to stress the fact he was 17 to strengthen his argument about his immaturity and to enable him to make an argument that he was a child soldier. In my view, this information is clearly spelled out in the Report.

Submissions Outside the Record

[171] The applicant says he should have been allowed to make submissions in response to the Minister's suggestion that the applicant's submissions are outside of the existing record and impermissible.

[172] The applicant refers to paragraph 106 of the Report:

The Federal Court of Appeal returned the matter for reconsideration on the limited issue of duress, finding that there was sufficient information in the existing record for the Governor in Council to address the issue, even though this argument was never overtly raised by Mr. Oberlander. This was not an invitation to submit new evidence or appeal the binding and non-reviewable decision of Justice MacKay.

[173] The applicant wishes to submit that the Federal Court of Appeal did not limit reconsideration to the existing record and that new evidence was permissible.

[174] The Federal Court of Appeal did say that the record contained sufficient evidence to consider the issue (*Oberlander (2009)*, above, at paragraph 34):

The GIC's reasons are silent with respect to Mr. Oberlander's allegation that he would have been executed had he deserted. The question then is whether the record contained sufficient information to oblige the GIC to consider that allegation, along with the evidence of conscription and any other relevant evidence, to determine whether the justification of duress

n'ajoute rien aux débats. Le demandeur a déjà fait valoir devant le GC qu'il avait été enrôlé de force en février 1942. L'âge du demandeur a trait à son degré de maturité et à sa connaissance de ce qu'il faisait. Je ne vois pas comment le désaccord a changé quoi que ce soit aux conclusions du rapport sur le degré de maturité. Dans les premières observations qu'il a présentées au ministre, le demandeur s'est évertué à insister sur le fait qu'il avait 17 ans afin de donner davantage de poids à ses prétentions concernant son immaturité et de lui permettre de prétendre qu'il était un enfant-soldat. À mon avis, cette information est énoncée clairement dans le rapport.

Les observations ne figurant pas dans le dossier

[171] Le demandeur affirme qu'il aurait dû être autorisé à présenter des observations après que le ministre a laissé entendre que ses observations ne figureraient pas dans le dossier et étaient inadmissibles.

[172] Le demandeur renvoie au paragraphe 106 du rapport :

[TRADUCTION] La Cour d'appel fédérale a renvoyé l'affaire pour qu'elle fasse l'objet d'un nouvel examen concernant uniquement la question de la contrainte. Elle a conclu que le dossier renfermait suffisamment de renseignements pour que le gouverneur en conseil puisse se pencher sur la question, même si cette prétention n'a jamais été ouvertement avancée par M. Oberlander. Il ne s'agissait pas d'une invitation à produire de nouveaux éléments de preuve ou à interjeter appel de la décision exécutoire et non susceptible de contrôle du juge MacKay.

[173] Le demandeur souhaite faire valoir que la Cour d'appel fédérale n'a pas limité son réexamen au dossier existant et que de nouveaux éléments de preuve étaient admissibles.

[174] La Cour d'appel fédérale a de fait affirmé que le dossier renfermait une preuve suffisante pour examiner la question (*Oberlander (2009)*, précité, au paragraphe 34) :

Les motifs du GC ne disent mot sur l'allégation de M. Oberlander voulant qu'il aurait été exécuté s'il avait déserté. La question qui se pose dès lors est de savoir si le dossier comportait suffisamment d'éléments d'information pour obliger le GC à examiner cette allégation, ainsi que la preuve concernant la conscription et toute autre preuve

is made out, notwithstanding that duress was not the basis of Mr. Oberlander's argument. In my view, there was sufficient evidence in the record to require the GIC to address this issue.

Justice Layden-Stevenson went on to consider the parts of the record that indicated duress should have been considered.

[175] It may be that this is equivocal as to whether or not the reconsideration was limited to the existing record. Regardless, the Minister accepted and considered new submissions and evidence. The Report continues from the paragraph that the applicant points to (at paragraphs 107–108):

Mr. Oberlander has adduced new evidence outside the existing record in his affidavit and in his arguments (relying largely on facts taken from isolated portions of the transcripts of the Federal Court hearing before Justice MacKay).

When the Minister measures these arguments against the findings of Justice MacKay, Mr. Oberlander still fails to demonstrate that he was under duress to remain in the service of the Ek10a. The record shows unequivocally that Mr. Oberlander was on leave several times, alone and armed, and he failed to make any attempt to escape, request a transfer, or demonstrate that he found any of the Ek10a's activities abhorrent.

[176] Regardless of whether the Federal Court of Appeal limited the reconsideration to the existing record or not, it is clear that the Minister considered the applicant's new evidence, submissions and argument.

[177] Further, the Report does not imply anything about the submissions. I can see no suggestion of their impropriety. The Report acknowledges that the current record exists, and when it is considered with Mr. Oberlander's new submissions, Mr. Oberlander has not established that he was under duress. Nothing would be changed by further argument about what the Federal Court of Appeal said.

pertinente, afin de décider si la justification de la contrainte est établie, même si l'argumentation de M. Oberlander n'était pas fondée sur la contrainte. J'estime que la preuve au dossier était suffisante pour obliger le GC à traiter de cette question.

La juge Layden-Stevenson s'est penchée ensuite sur les parties du dossier qui indiquaient que la contrainte aurait dû être examinée.

[175] Il se peut qu'il ne soit pas clair si le réexamen a porté seulement sur le dossier existant. Cependant, le ministre a admis et examiné les nouvelles observations et les nouveaux éléments de preuve. À partir du paragraphe auquel le demandeur renvoie, le rapport indique (aux paragraphes 107 et 108) :

[TRADUCTION] Monsieur Oberlander a produit, dans son affidavit et ses prétentions, de nouveaux éléments de preuve qui ne se trouvaient pas dans le dossier (son affidavit et ses prétentions se fondaient largement sur des faits tirés de parties isolées des transcriptions de l'audience de la Cour fédérale tenue devant le juge MacKay).

Lorsque le ministre soupèse ces prétentions à l'aune des conclusions du juge MacKay, M. Oberlander ne réussit toujours pas à démontrer qu'il restait au sein de l'unité Ek10a sous l'effet de la contrainte. Le dossier montre de manière non équivoque que M. Oberlander a eu plusieurs permissions, qu'il s'est alors trouvé seul et armé et qu'il n'a rien fait pour s'échapper, demander un transfert ou démontré qu'il trouvait odieuse l'une ou l'autre des activités de l'unité Ek10a.

[176] Peu importe que la Cour d'appel fédérale ait limité son réexamen au dossier existant ou non, il ne fait aucun doute que le ministre a examiné les nouveaux éléments de preuve, observations et prétentions du demandeur.

[177] En outre, le rapport n'insinue rien au sujet des observations. À mon avis, il ne laisse rien sous-entendre concernant leur caractère inacceptable. Le rapport reconnaît que le dossier actuel existe et, lorsqu'il est pris en compte en combinaison avec les nouvelles observations de M. Oberlander, celui-ci n'a pas établi qu'il agissait sous l'effet de la contrainte. Toute autre prétention concernant ce que la Cour d'appel fédérale a dit ne changerait rien.

(2) Oral Interview

[178] The applicant's second ground for procedural unfairness is that an oral interview should have been conducted in this case because the "Minister's report, and therefore the GIC's decision, is based, at least in part, on a negative credibility assessment of the Applicant" (applicant's record, at page 79). This means, according to the applicant, that the "Minister and Governor in Council in the within case breached the requirements of procedural fairness, the *Bill of Rights* and the *Charter of Rights and Freedoms* in rendering it [*sic*] decision that the Applicant was not credible without conducting an oral interview" (applicant's record, at page 81).

[179] The onus was upon the applicant in this case to provide sufficient evidence to establish that he qualified for the defence of duress. The applicant was fully aware of what this involved and went about providing that evidence. This evidence consisted of the testimony of himself, Mr. Sidorenko, and Mr. Huebert at the oral hearing before Justice MacKay, as well as the applicant's additional affidavit of April 19, 2010, and various newspaper articles about German soldiers who were convicted of treason and desertion during World War II. Clearly, the applicant did not feel that he needed an oral interview to make his case because he did not ask for one and there is nothing to suggest that he could not establish duress through the use of previous testimony, affidavit evidence and documentation. The applicant's only possible ground of complaint is that the decision was based upon credibility, and that this ground requires an oral interview.

[180] Justice MacKay had a number of credibility concerns with the applicant's evidence and made findings to that effect. Those findings were part of the record before the GIC in the decision that is the subject of this application, and the GIC was obliged to accept those

2) L'entrevue

[178] Le deuxième motif invoqué par le demandeur pour démontrer qu'il y a eu manquement à l'équité procédurale est qu'une entrevue aurait dû avoir lieu parce que le [TRADUCTION] « rapport du ministre et, par conséquent, la décision du GC sont fondés, à tout le moins en partie, sur une évaluation défavorable de la crédibilité du demandeur » (dossier du demandeur, à la page 79). En conséquence, selon le demandeur, [TRADUCTION] « le ministre et le gouverneur en conseil en l'espèce n'ont pas respecté les exigences de l'équité procédurale, la Déclaration des droits et la Charte des droits et libertés en décidant que le demandeur n'était pas crédible sans procéder à une entrevue » (dossier du demandeur, à la page 81).

[179] Il appartenait au demandeur de produire une preuve suffisante pour établir qu'il pouvait invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte. Le demandeur savait parfaitement ce que ce moyen de défense exigeait et la démarche à suivre pour produire cette preuve. Celle-ci était constituée de son propre témoignage ainsi que des témoignages de M. Sidorenko et de M. Huebert qui avaient été présentés au cours de l'audience devant le juge MacKay, ainsi que de l'affidavit supplémentaire du demandeur du 19 avril 2010 et de différents articles de journal portant sur les soldats allemands déclarés coupables de trahison et de désertion pendant la Deuxième Guerre mondiale. De toute évidence, le demandeur ne pensait pas qu'il avait besoin d'une entrevue pour faire valoir ses arguments puisqu'il n'en a pas demandé une, et rien ne permet de croire qu'il ne pouvait pas faire la preuve de la contrainte au moyen des témoignages, preuve par affidavits et documentation déjà produits. Le seul motif de plainte pouvant être invoqué par le demandeur est que la décision était fondée sur la crédibilité et que ce motif exige une entrevue.

[180] Le juge MacKay avait un certain nombre de doutes concernant la crédibilité du témoignage du demandeur et il a tiré des conclusions en conséquence. Ces conclusions faisaient partie du dossier soumis au GC aux fins de la décision faisant l'objet de la présente

findings and weigh them. But Justice MacKay's credibility findings were made following an oral hearing, and the GIC was not required to revisit them by way of another oral hearing. Justice MacKay found, in general, that the applicant "demonstrate[d] a pattern of less than full acknowledgement of his wartime role, with no reference to the SD": *Oberlander* (2000), above, at paragraph 172.

[181] My reading of the decision before me is that it is not, in a material way, based upon credibility. The Minister simply weighed the evidence before him together with the applicant's submissions and decided that the applicant had not established sufficient grounds for the defence of duress. In other words, the Minister did not need to test the credibility of the applicant because what the applicant submitted was not sufficient to establish duress. Whether or not that was a reasonable conclusion, I will address below. But I cannot say on these facts that an oral interview was required to allow the applicant to address credibility. It is quite clear that the applicant felt his evidence was sufficient to establish duress; in my view, this is a disagreement about the weighing process and is not a procedural fairness issue.

[182] While there is some language in the Report that suggests the applicant's credibility was at issue, the case law is clear that the language used is not determinative as to whether a matter was decided on weight or credibility, and the decision maker's comments must be read in the context of the decision as a whole. I will highlight which of the Report's comments might suggest credibility concerns, but I think in the context of the Report's many statements regarding the lack of evidence on key issues, these comments are better seen as suggesting concerns with the probative value of the evidence. I think part of the issue is the Minister's imprecise use of language (as we also see with the Minister's use of the word "rumours" and his explanation that he meant "hearsay"). Likewise, the Minister's statements that

demande et le GC avait l'obligation d'admettre ces conclusions et de les soupeser. Or, le juge MacKay a tiré ses conclusions relatives à la crédibilité à la suite d'une audience et le GC n'était pas tenu de les réexaminer au cours d'une autre audience. Le juge MacKay a conclu, de manière générale, que le demandeur a « démontré [...] une tendance à ne pas reconnaître pleinement son rôle durant la guerre, puisqu'on n'y trouve aucune mention de la SD » : *Oberlander* (2000), précitée, au paragraphe 172.

[181] Il ressort de ma lecture de la décision dont je suis saisi que celle-ci n'est pas fondée sur la crédibilité de façon appréciable. Le ministre a simplement soupesé la preuve dont il disposait avec les observations du demandeur et a décidé que ce dernier n'avait pas démontré qu'il existait des motifs suffisants étayant le moyen de défense fondé sur la contrainte. En d'autres termes, il n'était pas nécessaire que le ministre vérifie la crédibilité du demandeur puisque les éléments que celui-ci avait produits n'étaient pas suffisants pour prouver la contrainte. J'indiquerai plus loin s'il s'agissait d'une conclusion raisonnable ou non, mais je ne peux pas dire, en m'appuyant sur ces faits, qu'une entrevue était requise pour permettre au demandeur de traiter de la question de la crédibilité. Il est bien évident que le demandeur était d'avis que sa preuve était suffisante pour établir la contrainte; selon moi, il s'agit d'un désaccord au sujet du processus d'appréciation et non d'une question d'équité procédurale.

[182] Il est vrai que le libellé employé dans le rapport laisse parfois croire que la crédibilité du demandeur était en cause, mais la jurisprudence est claire : le libellé employé n'est pas déterminant pour ce qui est de la question de savoir si une décision est fondée sur le poids ou la crédibilité de la preuve, et les remarques du décideur doivent être lues en tenant compte du contexte de la décision dans son ensemble. Je vais faire ressortir les remarques figurant dans le rapport qui peuvent refléter des doutes concernant la crédibilité, mais je pense que, compte tenu du contexte des nombreuses déclarations figurant dans le rapport au sujet du manque de preuve sur des questions fondamentales, il est préférable de considérer que ces remarques traduisent des doutes concernant la valeur probante de la preuve. Je pense que

suggest he might be making credibility findings generally follow statements in which it is very clear that he has made a decision that there is not enough evidence to support the applicant's position. At certain points in the Report, the Minister says that even if he did believe Mr. Oberlander's assertions, there is still insufficient evidence. I think this is akin to the situation in *Ferguson*, above, at paragraph 34, where the Court said the result was that "[t]he officer neither believes nor disbelieves that the Applicant is lesbian—he is unconvinced."

[183] In my view, the Decision is based upon the fact that Mr. Oberlander's assertions are not sufficient to establish the defence of duress in light of the fact that he submitted insufficient evidence to support them and in light of the evidence on the record that suggests contrary conclusions to those which he asserts. I am cautious of the warnings in the case law that I need to be alert to decision makers who try to mask a credibility finding with the language of insufficient evidence (see e.g. *Liban v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1252, 76 Imm. L.R. (3d) 227, at paragraph 14; *Zokai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1103, at paragraph 12) but I do not think that is the case here, especially in light of the fact that Mr. Oberlander only submitted excerpts of transcripts and newspaper articles as corroborative evidence for his affidavit.

[184] *Ferguson* remains the leading case for the issue of whether a decision is based upon credibility or the sufficiency of the evidence. The Federal Court of Appeal has not discussed the distinction since *Carrillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 94, [2008] 4 F.C.R. 636, which *Ferguson* was based upon.

le problème est attribuable en partie à l'imprécision des termes employés par le ministre (comme nous le voyons avec son emploi du terme [TRADUCTION] « rumeurs » et son explication voulant que celui-ci signifie « ouï-dire »). De même, les déclarations du ministre qui laissent entendre qu'il pourrait tirer des conclusions relatives à la crédibilité suivent généralement des déclarations dont il ressort clairement qu'il a estimé ne pas disposer d'une preuve suffisante étayant la thèse du demandeur. À certains endroits dans le rapport, le ministre dit que, même s'il ajoutait foi aux affirmations de M. Oberlander, la preuve ne serait toujours pas suffisante. Je pense que cette situation ressemble à celle en cause dans la décision *Ferguson*, précitée, au paragraphe 34, où la Cour a dit que le résultat était que « [l]'agent ni ne croit ni ne croit pas que la demanderesse est lesbienne — il n'est pas convaincu ».

[183] À mon avis, la décision contestée est fondée sur le fait que les affirmations de M. Oberlander ne sont pas suffisantes pour établir le moyen de défense fondé sur la contrainte, compte tenu du fait qu'il a produit une preuve insuffisante à cet égard et de la preuve au dossier qui semble permettre des conclusions contraires à celles qu'il invoque. Je sais que les tribunaux exigent que je sois attentive aux décideurs qui essaient de masquer une conclusion relative à la crédibilité en parlant de l'insuffisance de la preuve (voir, par exemple, *Liban c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 1252, au paragraphe 14; *Zokai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1103, au paragraphe 12), mais je ne pense pas que ce soit le cas ici, compte tenu en particulier du fait que M. Oberlander a produit seulement des extraits de transcriptions et des articles de journal pour corroborer son affidavit.

[184] La décision *Ferguson* demeure la décision de principe en ce qui concerne la question de savoir si une décision est fondée sur la crédibilité ou sur le caractère suffisant de la preuve. La Cour d'appel fédérale ne s'est pas penchée sur la différence entre les deux depuis l'arrêt *Carrillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 94, [2008] 4 R.C.F. 636, sur lequel la décision *Ferguson* s'appuyait.

[185] In my review of the cases, an important point is that “the Court must look beyond the express wording of the officer’s decision to determine whether, in fact, the applicant’s credibility was in issue” (*Ferguson*, above, at paragraph 16). After a review of the case law in *Vandifar v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 433, 27 Imm. L.R. (4th) 78, at paragraph 28, Justice Scott concluded that “[t]he aforementioned decisions suggest that the context and the wording of the decision are crucial in distinguishing the sufficiency of evidence from credibility issues.” After a review of the case law in *Nnabuike Ozomma v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1167, [2014] 1 F.C.R. 732 (*Nnabuike Ozomma*), at paragraph 52, I concluded:

I am sure that it is possible to find factual distinctions in each of these cases that had a lot to do with the final determination in each. However, the cases can be reconciled. Officers can only avoid credibility findings and decide applications on the basis of sufficiency of evidence if their decisions show that, credibility aside, what the applicant has to say is not sufficient, on the applicable standard of proof, to show that he or she faces a risk under either section 96 or section 97....

[186] In my view, a full reading of the Report reveals that it was based on the Minister not being satisfied that there was sufficient evidence to support duress. While the Report uses confusing language at times, I think in the context of the Decision as a whole, the Report’s conclusions are based upon an insufficiency of evidence.

[187] Throughout the Report, the term “no evidence” comes up repeatedly. For example, in the Report’s discussion of whether Mr. Oberlander was under threat of imminent harm, at paragraph 29, the Report says “there is no evidence of an imminent threat of harm over the, at least, one year and a half period when he served with the Ek 10a and the years after that when he remained in various capacities with the Nazi regime.” The Report also considers the evidence that points to a lack of threat (Mr. Oberlander’s periods of leave and time spent as a solitary guard, at paragraphs 30–31), and concludes

[185] Dans le cadre de mon examen des décisions judiciaires, il importe de rappeler que « la Cour doit aller au-delà des termes expressément utilisés dans la décision de l’agent pour décider si en fait, la crédibilité de la demanderesse était en cause » (*Ferguson*, précitée, au paragraphe 16). Après avoir passé en revue la jurisprudence dans la décision *Vandifar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 433, le juge Scott a conclu, au paragraphe 28, que « [l]es décisions précitées donnent à penser que le contexte et le libellé de la décision sont essentiels pour faire une distinction entre le caractère suffisant de la preuve et les questions de crédibilité ». Après avoir procédé à un examen de la jurisprudence dans la décision *Nnabuike Ozomma c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1167, [2014] 1 R.C.F. 732 (*Nnabuike Ozomma*), j’ai conclu, au paragraphe 52 :

Je suis convaincu qu’il est possible d’établir des distinctions entre chacune de ces affaires fondées sur des faits qui lui sont propres et qui étaient déterminants dans la décision finale. Or, ces affaires ont aussi des points en commun. Les agents peuvent uniquement éviter les conclusions fondées sur la crédibilité et statuer en fonction du caractère suffisant de la preuve si leurs décisions révèlent que, indépendamment de la question de la crédibilité, les déclarations du demandeur, suivant la norme de preuve applicable, ne permettent pas de démontrer qu’il est exposé à un risque aux termes de l’article 96 ou de l’article 97 [...]

[186] À mon avis, une lecture du rapport complet révèle qu’il était fondé sur le fait que le ministre n’était pas convaincu qu’il disposait d’une preuve suffisante concernant la contrainte. Malgré le fait que le libellé du rapport est parfois confus, je pense que, dans le contexte de la décision contestée dans son ensemble, les conclusions qu’il renferme sont fondées sur l’insuffisance de la preuve.

[187] L’absence de preuve est signalée à maintes reprises tout au long du rapport. Par exemple, dans la partie portant sur la question de savoir si M. Oberlander était exposé à une menace de préjudice imminent, le rapport indique, au paragraphe 29, que [TRADUCTION] « rien ne permet de conclure à l’existence d’une menace imminente de préjudice au cours, à tout le moins, de la période d’un an et demi qu’il a passée au sein de l’unité Ek 10a et des années suivantes pendant lesquelles il est demeuré au service du régime nazi à différents titres ». Le rapport tient compte aussi de la preuve

“from Mr. Oberlander’s actions in this situation that there was no imminent, real, and inevitable threat to Mr. Oberlander during this period and, further, he had an opportunity to desert his post.” The Report concludes its discussion, at paragraph 33, by saying, “[t]here was no evidence that Mr. Oberlander was mistreated after he joined the Ek 10a or that he found the group’s activities abhorrent. There was no further evidence that he sought to be relieved of his duties, or that he ever attempted to desert while he was on leave.”

[188] In *Gao v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 59 (*Gao*), Justice Kane said [at paragraph 41] that the officer’s use of the words “‘very little evidence’, and ‘the applicant has submitted very little else’” led to a conclusion that the officer was not satisfied that there was enough evidence to establish the claimant’s claim. Here, the language seems even clearer than in *Gao* because the Report often concludes that there is no evidence at all to support the applicant’s assertions.

[189] Paragraph 36 of the Report says, “[a] credible evidentiary basis is necessary to establish imminent peril.” Because the evidentiary basis that Mr. Oberlander used to establish that he was in imminent peril was his affidavit, this statement could be read to be calling into question the credibility of Mr. Oberlander’s affidavit. However, I think in light of the Report’s comments about the complete lack of evidence leading up to this, and the conclusion at paragraph 37 (“Mr. Oberlander also failed to support his claim that he would be killed if he deserted and failed to support the rumours that he heard of the same”), the Report is saying that Mr. Oberlander’s assertion does not have a sufficient evidentiary basis. This seems substantiated at paragraph 37 of the Report where it says “there was no finding of fact in Justice MacKay’s decision to sustain his claim.” I do not think that this suggests that the Minister is either believing or disbelieving Mr. Oberlander’s claim, but rather that the Minister is saying

indiquant une absence de menace (les permissions de M. Oberlander et ses périodes de garde solitaire, aux paragraphes 30 et 31), et il conclut [TRADUCTION] « des actes commis par M. Oberlander dans cette situation qu’il n’existait, en ce qui le concerne, aucune menace imminente, réelle et inévitable pendant cette période et, en outre, qu’il avait eu la possibilité de désertier son poste ». Le rapport conclut son analyse en indiquant, au paragraphe 33, que [TRADUCTION] « rien ne permettait de conclure que M. Oberlander avait été maltraité après s’être joint à l’unité Ek 10a ou qu’il considérait que les activités du groupe étaient odieuses. Rien ne permettait de conclure non plus qu’il avait demandé à être dispensé de ses fonctions ou qu’il avait déjà tenté de désertier pendant une permission ».

[188] Dans la décision *Gao c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 59 (*Gao*), la juge Kane a dit [au paragraphe 41] que l’emploi, par l’agent, des expressions « “très peu d’éléments de preuve” et “le demandeur a soumis très peu d’autres éléments” » a mené à la conclusion que l’agent n’était pas convaincu qu’il disposait d’une preuve suffisante étayant la demande d’asile du demandeur. Les termes utilisés en l’espèce semblent même plus clairs que dans la décision *Gao* parce que le rapport conclut à plusieurs reprises que les affirmations du demandeur ne sont appuyées par aucune preuve.

[189] Le rapport indique au paragraphe 36 qu’[TRADUCTION] « [u]ne preuve crédible est nécessaire pour établir le danger imminent ». M. Oberlander ayant produit son affidavit pour démontrer l’existence d’un danger imminent, il serait possible d’interpréter cette déclaration comme si elle remettait en question la crédibilité de cet affidavit. Je pense cependant, à la lumière des remarques formulées dans le rapport au sujet de l’absence totale de preuve à cet égard et de la conclusion énoncée au paragraphe 37 ([TRADUCTION] « Monsieur Oberlander n’a pas non plus étayé sa prétention selon laquelle il serait tué s’il désertait, ni les rumeurs qu’il a entendues à cet effet »), que le rapport dit que l’affirmation de M. Oberlander n’est pas appuyée par une preuve suffisante. C’est ce qui semble ressortir du paragraphe 37 du rapport, où il est écrit que [TRADUCTION] « le juge MacKay n’a tiré aucune conclusion de fait étayant sa prétention ». Je ne pense pas que cela laisse entendre que le ministre croit ou ne croit pas la prétention de

that his claim is not enough, in light of the lack of corroborative evidence and the evidence to the contrary, to satisfy the legal standard.

[190] In evaluating whether Mr. Oberlander's actions were consistent with his will, we see the Minister use the language that *Ferguson* and *Nnabuike Ozomma* suggest is indicative of neither believing nor disbelieving Mr. Oberlander, but rather of not being satisfied that relevant facts have been established (Report, at paragraph 43): “[e]ven if Mr. Oberlander had been conscripted, he still became responsible for his own predicament for the remainder of his time in the service of the Ek10a” (emphasis added). In light of Justice MacKay's finding that the evidence as to whether Mr. Oberlander was conscripted was inconsistent, the Report chooses not to believe nor disbelieve Mr. Oberlander's assertion and decides that, credibility aside, what the applicant has to say is not sufficient. The Report also points to the lack of evidence to corroborate Mr. Oberlander's assertion that his service was against his will (at paragraph 43): “There is no evidence that Mr. Oberlander sought legal or conventional means for release from the Ek 10a, such as through transfers let alone desertion to avoid further complicity” (emphasis added).

[191] The Minister also makes findings regarding the lack of evidence under his analysis of the Guidelines:

[T]here is no credible factual foundation for Mr. Oberlander's assertion that Ek10a members would face death if they disobeyed the order to join the Nazi forces or tried to escape after joining. Mr. Oberlander bases his assertion on testimony taken out of context from isolated portions of the Federal Court hearing transcripts. Again, these isolated statements do not amount to findings of fact. Therefore, Mr. Oberlander does not satisfy the first condition of the policy enumerated above. [Emphasis in original.]

Again, given that the factual foundation for the claim is Mr. Oberlander's affidavit, this could be read as

M. Oberlander, mais plutôt qu'il estime que cette prétention n'est pas suffisante, compte tenu de l'absence de preuve corroborante et de la preuve contraire, pour satisfaire à la norme juridique.

[190] En ce qui concerne la question de savoir si les actes de M. Oberlander découlaient de sa volonté, le ministre emploie les termes qui, selon les décisions *Ferguson* et *Nnabuike Ozomma*, indiquent ni qu'il croit ni qu'il ne croit pas M. Oberlander, mais plutôt qu'il n'est pas convaincu que les faits pertinents ont été établis (rapport, au paragraphe 43) : [TRADUCTION] « Même si M. Oberlander avait été enrôlé de force, il était responsable de sa situation pendant le reste de son service au sein de l'unité Ek 10a » (non souligné dans l'original). Compte tenu de la conclusion du juge MacKay selon laquelle la preuve relative à la question de savoir si M. Oberlander avait été enrôlé de force était incohérente, le rapport choisit ni de croire ni de ne pas croire l'affirmation de M. Oberlander et décide que, la crédibilité mise à part, les observations du demandeur ne sont pas suffisantes. Le rapport signale aussi l'absence de preuve démontrant que, comme M. Oberlander l'affirme, il accomplissait son service contre son gré (au paragraphe 43) : [TRADUCTION] « Rien ne permet de conclure que M. Oberlander a cherché des moyens légaux ou conventionnels d'être libéré de l'unité Ek 10a, par exemple en demandant des transferts ou, *a fortiori*, en désertant pour éviter toute complicité » (non souligné dans l'original).

[191] Le ministre tire également des conclusions au sujet du manque de preuve dans le cadre de son analyse des lignes directrices :

[TRADUCTION] [L]'affirmation de M. Oberlander selon laquelle les membres de l'unité Ek10a étaient susceptibles d'être tués s'ils désobéissaient à l'ordre de se joindre aux forces nazies ou tentaient de s'échapper par la suite ne repose sur aucun fondement factuel crédible. Monsieur Oberlander fonde son affirmation sur des témoignages tirés de passages isolés des transcriptions de l'audience de la Cour fédérale et pris hors contexte. Encore une fois, ces déclarations isolées ne constituent pas des conclusions de fait. Par conséquent, M. Oberlander ne remplit pas la première condition de la politique énoncée ci-dessus. [Souligné dans l'original.]

Ces conclusions également pourraient, étant donné que le fondement factuel de la prétention de M. Oberlander

calling Mr. Oberlander's credibility into issue. But given the lack of evidence that the Minister refers to earlier, I think this is really a finding that there is no evidence to substantiate Mr. Oberlander's assertions, and Mr. Oberlander's assertions alone do not satisfy the legal standard in light of the contrary evidence.

[192] Paragraph 67 of the Report appears to be a credibility finding: "Mr. Oberlander's submissions concerning his age in relation to his perception that he had no safe escape is not believable because he was not a child when he joined the Nazi regime, and his maturity level was such that he could have evaluated his situation and deserted or asked for a transfer if that is what he wanted" (emphasis added). However, I do not see this as a credibility finding; the Minister is simply refusing to accept Mr. Oberlander's assertion that he was a child when he became part of the Nazi regime. I am persuaded by the case law that says the language of either credibility or sufficiency is not the determinative factor; rather the language and context of the decision must be considered. I think that here, again, the Minister is really saying that he is not satisfied by the applicant's assertion given the fact that Justice MacKay made contrary findings regarding Mr. Oberlander's age and maturity level. I also do not think the cases suggest that one isolated sentence, in a decision filled with findings related to the insufficiency of the evidence, could make this a decision based upon credibility that requires an oral hearing.

[193] The Report's preliminary conclusion (that is, the conclusion of the portion of the Report that was provided to Mr. Oberlander) makes clear that the decision was based on an insufficiency of evidence (paragraphs 73–74):

A person's simple denial of his/her willing participation in the activities of a limited brutal purpose organization cannot suffice to rebut complicity. An individual's actions can be more revealing than his testimony and the circumstances may be such that it can be inferred that a person shared the objectives

est son affidavit, être interprétées comme si elles remettaient en question la crédibilité de M. Oberlander. Toutefois, compte tenu de l'absence de preuve dont le ministre a fait état précédemment, je pense qu'il s'agit en fait d'une conclusion voulant que la preuve n'étaye pas les affirmations de M. Oberlander, et ces affirmations ne satisfont pas en soi à la norme juridique à la lumière de la preuve contraire.

[192] Le paragraphe 67 du rapport semble être une conclusion relative à la crédibilité : [TRADUCTION] « Les observations de M. Oberlander concernant son âge visant à expliquer pourquoi il croyait ne pas avoir un moyen de s'en sortir ne sont pas crédibles parce qu'il n'était pas un enfant lorsqu'il s'est joint au régime nazi et que son degré de maturité faisait en sorte qu'il était en mesure d'évaluer sa situation et de désertier ou de demander un transfert s'il le voulait » (non souligné dans l'original). Or, il ne s'agit pas, à mon avis, d'une conclusion relative à la crédibilité; le ministre refuse simplement de reconnaître que M. Oberlander était un enfant lorsqu'il est devenu membre du régime nazi. La jurisprudence selon laquelle les termes employés relativement à la crédibilité ou au caractère suffisant ne sont pas le facteur déterminant me convainc; ce sont plutôt le libellé et le contexte de la décision qui doivent être pris en compte. Je pense qu'en l'espèce le ministre dit réellement, encore une fois, que l'affirmation du demandeur ne le convainc pas étant donné que le juge MacKay a rendu des conclusions contraires concernant l'âge et le degré de maturité de M. Oberlander. De plus, je ne pense pas que les décisions judiciaires laissent entendre qu'une phrase isolée figurant dans une décision truffée de conclusions relatives à l'insuffisance de la preuve peut faire en sorte que cette décision est fondée sur la crédibilité et exige en conséquence qu'une audience ait lieu.

[193] La conclusion préliminaire du rapport (c'est-à-dire la conclusion de la partie du rapport qui a été remis à M. Oberlander) indique clairement que la décision était fondée sur l'insuffisance de la preuve (aux paragraphes 73 et 74) :

[TRADUCTION] Le simple fait qu'une personne nie avoir participé volontairement aux activités d'une organisation ayant des fins brutales et limitées ne suffit pas à réfuter la complicité. Les agissements d'un demandeur peuvent être plus révélateurs que son témoignage et les circonstances peuvent être telles

of those with whom he/she is collaborating. In Mr. Oberlander's case, the fact that he continuously and voluntarily returned to duty, applied for German citizenship and accepted a military award for superior service, all lead to the inference that he shared the objectives of the Ek10a, a mobile civilian-killing squad during WWII.

The above review of the defence of duress under immigration law, the policy and criminal law demonstrates that Mr. Oberlander does not meet the various requirements of all three regimes. With an insufficient basis to establish the defence of duress, the previous determination of Mr. Oberlander's complicity in the atrocities committed by the Ek10a stands.

[194] Everything discussed above was in the draft Report provided to Mr. Oberlander. He was free to make submissions to the GIC on these points if he felt that his credibility was being questioned. Mr. Oberlander did make some submissions regarding the presumption of truthfulness attached to his affidavits (Report, Reply, Tab H, at pages 7–8):

Although Justice MacKay did make findings that on isolated and distinct issues such as Mr. Oberlander's purported knowledge of the name of the unit he was in, his evidence was not to be believed, he did not render a general finding that Mr. Oberlander lacked credibility. In fact, much if not most of his evidence was accepted as credible, including his testimony concerning his activities on behalf of Ek 10a. Further, and importantly for the within consideration, Justice MacKay made no finding that Mr. Oberlander was lying when he said he was forcibly conscripted, felt as though he were kidnapped by the German forces, or that the government witnesses lied when they testified that the punishment for desertion was death.

Indeed, as Justice MacKay has made no adverse credibility finding against Mr. Oberlander on these important issues, the fact that Mr. Oberlander provided this evidence through sworn testimony both at his revocation reference and in the affidavit provided to the GIC in this proceeding, creates a presumption that the evidence of his conscription and fear of execution are true. The Federal Court jurisprudence is clear on this point. Sworn evidence is presumed true unless rebutted or found to be clearly implausible, given the known circumstances at that time and place. The Minister has not provided any evidence to rebut Mr. Oberlander's sworn statements that

qu'on puisse en inférer qu'une personne partage les objectifs de ceux avec qui elle collabore. Dans le cas de M. Oberlander, le fait qu'il est toujours revenu volontairement de ses permissions, qu'il a demandé la citoyenneté allemande et qu'il a accepté une récompense militaire pour services supérieurs mène à la conclusion qu'il partageait les objectifs de l'unité Ek 10a, une brigade mobile chargée de tuer des civils pendant la Deuxième Guerre mondiale.

L'analyse du moyen de défense fondé sur la contrainte sous le régime du droit de l'immigration, de la politique et du droit criminel qui figure ci-dessus montre que M. Oberlander ne remplit pas les différentes exigences des trois régimes. Le moyen de défense fondé sur la contrainte n'étant pas suffisamment étayé, la conclusion antérieure relative à la complicité de M. Oberlander dans les atrocités commises par l'unité Ek 10a est maintenue.

[194] Tout ce qui précède se trouvait dans le projet de rapport remis à M. Oberlander. Ce dernier était libre de présenter des observations au GC sur ces questions s'il pensait que sa crédibilité était remise en cause. M. Oberlander a effectivement présenté certaines observations concernant la présomption de véracité liée à ses affidavits (rapport, réponse, onglet H, aux pages 7 et 8) :

[TRADUCTION] Si le juge MacKay a tiré des conclusions selon lesquelles il ne fallait pas ajouter foi au témoignage de M. Oberlander sur des questions isolées et séparées comme sa présumée connaissance du nom de l'unité à laquelle il appartenait, il n'a pas conclu de manière générale que M. Oberlander n'était pas crédible. En fait, une grande partie – si ce n'est la plus grande partie – de sa preuve a été jugée crédible, notamment son témoignage concernant les activités auxquelles il s'était livré pour le compte de l'unité Ek 10a. En outre, il est particulièrement important dans le cas présent que le juge MacKay n'ait tiré aucune conclusion selon laquelle M. Oberlander mentait lorsqu'il disait qu'il avait été enrôlé de force, qu'il se sentait comme s'il avait été enlevé par les forces allemandes, ou que les témoins du gouvernement avaient menti lorsqu'ils avaient affirmé, au cours de leurs témoignages, que la désertion était passible de la peine de mort.

En fait, comme le juge MacKay n'a tiré aucune conclusion défavorable concernant la crédibilité à l'encontre de M. Oberlander sur ces questions importantes, le fait que ce dernier a exposé cette preuve dans le cadre de témoignages faits sous serment lors du renvoi sur la révocation de sa citoyenneté et dans l'affidavit remis au GC dans la présente instance crée une présomption que la preuve de son enrôlement forcé et sa crainte d'être exécuté sont véridiques. La jurisprudence de la Cour fédérale est claire sur ce point. Les témoignages sous serment sont présumés véridiques, à moins qu'ils ne soient réfutés ou jugés clairement invraisemblables,

he was forcibly conscripted into working as an interpreter for Ek 10 [*sic*] or that he feared being executed for escaping. And the evidence from the Minister's witnesses, and the recent evidence of 20,000 executed by Germany during the war – most for desertion – does not contradict but rather corroborates the plausibility of Mr. Oberlander's sworn statements. As such, this evidence must be accepted as true by the GIC. The principle that sworn testimony from an affiant or witness is presumed true unless evidence is presented to the contrary, emanates from the Federal Court of Appeal in *Maldonado v Canada (M.E.I.)* [*sic*], [1980] 2 F.C. 302 (C.A.). The GIC is bound, in law, by this decision. [Emphasis in original.]

[195] While I do not think the Minister made any determinations as to whether Mr. Oberlander's statements were to be believed or disbelieved, I think the case law suggests that the Minister was free to rely on Justice MacKay's findings regarding Mr. Oberlander's lack of credibility on important issues (see e.g. *Oberlander* (2000), above, at paragraphs 151–152) to conclude that his statements carried little weight and were insufficient on their own to establish the points for which they were submitted. Justice Annis discussed this issue recently in a decision where the applicant complained that an officer erred in relying on the Board's adverse credibility finding in making a pre-removal risk assessment (PRRA) determination. Justice Annis wrote (*Bicuku v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 339) [at paragraphs 29–34]:

Coming back to the issue of the consequences of adopting the RPD's credibility conclusions, the reliance upon a previous adverse credibility finding arises in this matter from the officer's rejection of the applicant's explanation that he tried to live in Montenegro and Bosnia. On this point, he stated the following in his reasons:

I also note that the applicant left the country on two occasions in 2001 but did not seek protection in either as he stated "there were no long-term data prospects for protection". I note that both Bosnia and Herzegovina and

compte tenu des circonstances connues qui existaient à l'endroit et au moment pertinents. Le ministre n'a produit aucune preuve pour réfuter les déclarations faites sous serment par M. Oberlander selon lesquelles il avait été enrôlé de force pour travailler comme interprète pour l'unité Ek 10 [*sic*] ou craignait d'être exécuté s'il s'échappait. Et les témoignages des personnes appelées à témoigner par le ministre et la récente preuve de l'exécution de 20 000 personnes par l'Allemagne au cours de la guerre – la majorité pour désertion – ne contredisent pas, mais corroborent la vraisemblance des déclarations sous serment de M. Oberlander. En conséquence, le GC doit considérer que cette preuve est véridique et l'admettre. Le principe selon lequel les témoignages faits sous serment par un déposant ou un témoin sont présumés véridiques en l'absence d'une preuve contraire a été énoncé par la Cour d'appel fédérale dans *Maldonado c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 2 C.F. 302 (C.A.). Le GC est lié, en droit, par cette décision. [Souligné dans l'original.]

[195] Je ne pense pas que le ministre ait tiré une conclusion quant à la question de savoir si les déclarations de M. Oberlander devaient être crues ou non, mais je crois que la jurisprudence laisse entendre que le ministre pouvait se fonder sur les conclusions tirées par le juge MacKay relativement à l'absence de crédibilité de M. Oberlander au regard de questions fondamentales (voir, par exemple, *Oberlander* (2000), précitée, aux paragraphes 151 et 152) pour conclure que ses déclarations avaient peu de poids et étaient insuffisantes en soi pour établir les faits pour lesquels elles avaient été produites. Le juge Annis s'est penché sur cette question récemment dans une affaire où le demandeur prétendait qu'un agent avait commis une erreur en s'appuyant sur la conclusion défavorable relative à la crédibilité à laquelle était parvenue la Commission dans le cadre d'un examen des risques avant renvoi (l'ERAR). Il a écrit (*Bicuku c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 339) [aux paragraphes 29 à 34] :

Pour ce qui est de la question des conséquences de retenir les conclusions de la SPR quant à la crédibilité, il ressort en l'espèce que le rejet par l'agent(e) de l'explication du demandeur selon laquelle il a tenté de vivre au Monténégro et en Bosnie était fondé sur une conclusion défavorable déjà tirée quant à la crédibilité. À cet égard, il(elle) a déclaré ce qui suit dans ses motifs :

[TRADUCTION] Je souligne également que le demandeur a quitté le pays à deux reprises en 2001, mais qu'il n'a pas demandé l'asile à l'une ou l'autre de ces occasions, car il a déclaré « qu'il n'existait aucune donnée à long terme quant

Montenegro provide for the granting of asylum or refugee status. Based on the RPD decision in 2004 where credibility was a determinative issue, lack of accessing state protection or reconciliation and the fact that he went to two separate countries in 2011, after the Kola family began pursuing him, and did not seek protection in either, I give this statement of risk little weight. [Emphasis added by Annis J.]

While the evidence on state protection was obviously insufficient, I find it problematic that reliance by the officer on the RPD's negative credibility assessment should be considered a criterion to conclude a serious credibility issue arises. Rather, to opposite effect, I conclude that a previous negative credibility finding should be a factor supporting a conclusion that the applicant's statements carried little weight and are insufficient therefore to establish a serious credibility issue.

To a certain extent reliance upon the previous adverse credibility findings in an RPD raises an issue as to whether the applicant should continue to enjoy the benefits from the presumption of truthfulness attaching to his statements as described in cases such as *Maldonado v. MEI*, [1980] 2 FC 302 (FCA) at para 5 (*Maldonado*).

The PRRA review is essentially a continuation of the RPD decision on the issue of risk. The officer is required as a first step to carefully review the RPD decision to determine what findings were made on the basis of the evidence that was presented. This is for the purpose of determining whether the applicant has met the condition precedent of demonstrating that the evidence led was not already presented to the RPD, before it will even be considered in the PRRA review.

Given this PRRA context, I find it illogical to accept that the RPD's previous negative characterization of the applicant's credibility on the same issue of risk based on the same character of evidence (threat to life in a blood feud over a refusal of marriage) can be ignored such that the applicant is considered on the same credibility plane as any new refugee claimant standing up to testify in an RPD hearing who benefits from the presumption of truthfulness attaching to his or her statements.

If the RPD found the applicant not to be credible in the first instance, it is arguable that that finding should apply concerning similar evidence on the same issues. [Emphasis in original.]

à la possibilité d'obtenir l'asile ». Je souligne que la Bosnie-Herzégovine et le Monténégro accordent tous les deux l'asile ou le statut de réfugié. Compte tenu de la décision rendue par la SPR en 2004 dans laquelle la crédibilité était une question déterminante, de l'absence de la possibilité d'obtenir la protection de l'État ou de la possibilité qu'il y ait réconciliation et du fait qu'il soit allé dans deux pays distincts en 2011, après que la famille Kola eut commencé à le pourchasser, et qu'il n'a demandé l'asile dans aucun de ces pays, j'accorde peu de poids à cette déclaration sur le risque. [Soulignement ajouté par le juge Annis.]

La preuve relative à la protection de l'État était manifestement insuffisante, mais l'argument voulant que le fait que l'agent(e) se soit fié(e) à l'évaluation défavorable faite par la SPR quant à la crédibilité devrait être considéré comme un critère permettant de conclure qu'une question importante quant à la crédibilité est soulevée me pose problème. Je conclus, au contraire, qu'une conclusion défavorable quant à la crédibilité déjà tirée devrait être un facteur étayant la conclusion selon laquelle les déclarations du demandeur avaient peu de poids et sont donc insuffisantes pour établir l'existence d'une question importante quant à la crédibilité.

Dans une certaine mesure, le fait de se fier à une conclusion défavorable quant à la crédibilité déjà tirée par la SPR soulève la question de savoir si le demandeur devrait continuer de jouir de la présomption de véracité de ses déclarations notamment décrite dans l'arrêt *Maldonado c. MEI*, [1980] 2 CF 302 (CAF), au paragraphe 5 [*Maldonado*].

L'ERAR est essentiellement la suite de la décision de la SPR sur la question du risque. L'agent doit d'abord examiner soigneusement la décision de la SPR afin de déterminer quelles conclusions ont été tirées sur la foi de la preuve qui a été présentée. Cet exercice vise à déterminer, avant que la preuve ne soit examinée dans le cadre d'un ERAR, si le demandeur a satisfait à la condition préalable qui consiste à démontrer que la preuve soumise n'a pas déjà présentée à la SPR.

Compte tenu du présent contexte d'ERAR, j'estime qu'il est illogique d'accepter que la conclusion défavorable tirée sur la crédibilité du demandeur par la SPR, sur la foi d'une preuve de même nature (menace à la vie dans le cadre d'une querelle découlant d'un refus relatif à un mariage), quant à la même question du risque, peut ne pas être prise en compte, de sorte que le demandeur soit considéré comme étant, sur le plan de la crédibilité, sur le même pied que le nouveau demandeur d'asile qui témoigne dans une audience devant la SPR et qui jouit, à l'égard de ses déclarations, de la présomption de véracité.

Si la SPR a d'abord conclu que le demandeur n'était pas crédible, on peut prétendre que cette conclusion devrait s'appliquer quant à une preuve similaire portant sur les mêmes questions. [Souligné dans l'original.]

[196] I think Justice Annis' comments are equally applicable to Mr. Oberlander's circumstances. Justice MacKay found a lack of credibility in relation to his finding that Mr. Oberlander was a member of Ek 10a and that he had misrepresented his membership. The GIC's decisions on complicity and duress are, to some extent, continuations of Justice MacKay's decision. Whether Mr. Oberlander's affidavit is entitled to the presumption of truthfulness does not need to be decided but the case law suggests that the previous credibility findings support the Minister's findings that Mr. Oberlander's assertions are insufficient to satisfy the legal standard.

[197] The Minister responds to Mr. Oberlander's reply submissions regarding the presumption of truthfulness in the final Report. The response appears under the heading: "Mr. Oberlander is Not Credible regarding his Alleged Fear of Execution" (at paragraph 92):

At paragraph 16 of his reply, Mr. Oberlander attempts to draw conclusions based on his own credibility and accuses the report of failing to consider the findings of Justice MacKay. On the contrary, the report provides evidence to rebut the presumption of credibility of Mr. Oberlander's fear of execution – that is the Nuremberg tribunal case. This was objective evidence to counter the credibility of Mr. Oberlander's statements, plus his own contradictory statements that he was permitted leave on more than one occasion.

[198] This clearly looks like a credibility determination. However, I think the first part of the Report really makes the finding on duress, and the second part of the Report merely responds to Mr. Oberlander's submissions. I do not think that these comments can undo the effect of the first part of the Report which discussed all of the Minister's findings and conclusions based on the evidence and the record. I read these comments as a direct response to Mr. Oberlander's claim that his affidavits must be accepted as truthful and as establishing the points asserted in them. Despite the Minister directly saying that the presumption of credibility has been rebutted, I do not think that the Report as a whole

[196] Je pense que les remarques du juge Annis s'appliquent tout autant à la situation de M. Oberlander. Le juge MacKay a estimé que M. Oberlander n'était pas crédible lorsqu'il a conclu que celui-ci était membre de l'unité Ek 10a et qu'il avait fait une présentation erronée sur son appartenance à cette unité. Dans une certaine mesure, les décisions du GC concernant la complicité et la contrainte font suite à la décision du juge MacKay. Il n'est pas nécessaire de décider si la présomption de véracité s'applique à l'affidavit de M. Oberlander, mais la jurisprudence laisse croire que les conclusions antérieures concernant la crédibilité appuient les conclusions du ministre selon lesquelles les affirmations de M. Oberlander sont insuffisantes pour satisfaire à la norme juridique.

[197] Le ministre répond dans le rapport final aux observations de M. Oberlander concernant la présomption de véracité. La réponse se trouve dans la section intitulée [TRADUCTION] « Monsieur Oberlander n'est pas crédible en ce qui concerne sa présumée crainte d'exécution » (au paragraphe 92) :

[TRADUCTION] Au paragraphe 16 de sa réponse, M. Oberlander tente de tirer des conclusions fondées sur sa propre crédibilité et reproche au rapport de ne pas tenir compte des conclusions du juge MacKay. Au contraire, le rapport décrit une preuve réfutant la présomption de crédibilité de la crainte d'exécution de M. Oberlander : l'affaire du tribunal de Nuremberg. Cette preuve objective mettait en échec la crédibilité des déclarations de M. Oberlander, ainsi que ses propres affirmations contradictoires selon lesquelles il avait obtenu plus d'une permission.

[198] Cette conclusion ressemble nettement à une conclusion concernant la crédibilité. Je pense cependant que la première partie du rapport renferme la conclusion concernant la contrainte et que la deuxième partie du rapport répond simplement aux observations de M. Oberlander. Je ne pense pas que ces remarques puissent effacer l'effet de la première partie du rapport dans laquelle toutes les conclusions tirées par le ministre sur la foi de la preuve et du dossier ont été analysées. J'estime que ces remarques constituent une réponse directe à la prétention de M. Oberlander selon laquelle ses affidavits doivent être considérés comme étant véridiques et comme s'ils établissaient les faits qui y sont

is based upon a lack of credibility. The Report says that Mr. Oberlander's assertions are insufficient in the context of all of the evidence to the contrary. I think this is just another poor choice in language by the Minister. Following the Minister's comment that the credibility of the affidavit has been rebutted, he goes on to reference the evidence that leads to that conclusion. I think what he is really saying is that the evidence leads to the conclusion that the assertion does not satisfy the legal standard of proof. Decisions do not have to be perfect.

[199] Support for this reading can be seen in the Minister's further comments (Report, at paragraph 96):

Mr. Oberlander has not provided comparable documentary evidence to support his alleged fear of death. Nonetheless, even if we accepted that he was conscripted or that he was under duress some of the time, the evidence on record shows that Mr. Oberlander had the means and the opportunity to escape, and that he was not under imminent peril when he was on vacation leave or when he was guarding a barge armed and alone. [Emphasis added.]

[200] The Minister is again saying that his conclusions do not rest on whether or not Mr. Oberlander is believed, but on the fact that the evidence presented does not establish the points that it is offered for. The language echoes the *Ferguson* decision: the Minister neither believes nor disbelieves Mr. Oberlander's assertions. This is apparent in the Minister's final conclusion (Report, at paragraph 108):

When the Minister measures these arguments against the findings of Justice MacKay, Mr. Oberlander still fails to demonstrate that he was under duress to remain in the service of the Ek10a. The record shows unequivocally that Mr. Oberlander was on leave several times, that he was guarding a barge for a month without any supervision, alone and armed, and he failed to make any attempt to escape, request a transfer, or demonstrate that he found any of the Ek10a's activities abhorrent.

[201] Even if I am wrong on this point and the Minister does make credibility findings, it is worth noting that the defence of duress is a conjunctive test. A

allégués. Malgré le fait que le ministre affirme expressément que la présomption de crédibilité a été réfutée, je ne pense pas que le rapport dans l'ensemble est fondé sur une absence de crédibilité. Le rapport indique que les affirmations de M. Oberlander sont insuffisantes compte tenu de toute la preuve contraire. À mon avis, il s'agit seulement d'un autre mauvais choix de mots de la part du ministre. Après avoir affirmé que la crédibilité de l'affidavit a été réfutée, le ministre mentionne les éléments de preuve qui l'amènent à une telle conclusion. Je pense que ce que le ministre dit en fait, c'est que la preuve mène à la conclusion que les affirmations ne satisfont pas à la norme juridique de preuve. Il n'est pas nécessaire que les décisions soient parfaites.

[199] Les remarques suivantes du ministre appuient cette interprétation (rapport, au paragraphe 96) :

[TRADUCTION] Monsieur Oberlander n'a pas produit une preuve documentaire comparable établissant sa présumée crainte d'être tué. Néanmoins, même si nous reconnaissons qu'il a été enrôlé de force ou qu'il agissait parfois sous l'effet de la contrainte, il ressort de la preuve au dossier que M. Oberlander avait les moyens et la possibilité de s'échapper et qu'il n'était pas exposé à un danger imminent quand il était en permission ou quand il gardait un chaland alors qu'il était armé et seul. [Non souligné dans l'original.]

[200] Le ministre affirme à nouveau que ses conclusions ne reposent pas sur la question de savoir s'il croit M. Oberlander ou non, mais sur le fait que la preuve produite n'établit pas les faits pour lesquels elle est présentée. Le libellé va dans le même sens que la décision *Ferguson* : le ministre ni ne croit ni ne croit pas les affirmations de M. Oberlander, comme le montre sa conclusion finale (rapport, au paragraphe 108) :

[TRADUCTION] Lorsque le ministre soupèse ces prétentions à l'aune des conclusions du juge MacKay, M. Oberlander ne réussit toujours pas à démontrer qu'il restait au sein de l'unité Ek10a sous l'effet de la contrainte. Le dossier montre de manière non équivoque que M. Oberlander a eu plusieurs permissions, qu'il s'est alors trouvé seul et armé et qu'il n'a rien fait pour s'échapper, demander un transfert ou démontré qu'il trouvait odieuse l'une ou l'autre des activités de l'unité Ek 10a.

[201] Même si j'ai tort à cet égard et que le ministre est parvenu à des conclusions concernant la crédibilité, il convient de mentionner que le critère relatif au moyen

failure to establish any of the three elements is sufficient to obviate the defence. For example, even if the Minister could be said to make a credibility finding in relation to Mr. Oberlander's submissions regarding his fear of execution (Report, at paragraph 92), this does not change the fact that the defence of duress remains unavailable to Mr. Oberlander because there is also a finding that Mr. Oberlander's service was consistent with his will. This finding was based on the fact that Mr. Oberlander served with a regular army unit after his time with Ek 10a, his acceptance of a service award, and his citizenship application. These findings are not based on Mr. Oberlander's credibility but rather the evidence on the record.

[202] A reading of the Decision as a whole leads me to the conclusion that it is based on the insufficiency of evidence. I conclude this despite the fact that some sentences suggest that there may be a credibility concern. In the context of the Decision as a whole and the language surrounding the sentences that I have isolated, it is clear that the Minister was speaking to the insufficiency of the evidence and not Mr. Oberlander's credibility. The bulk of the Report's discussion focuses on the fact that the only evidence for Mr. Oberlander's submissions is found in his affidavit. When weighed against the rest of the record, which suggests a contrary conclusion to Mr. Oberlander's assertions, the Minister is not satisfied that Mr. Oberlander's statements alone establish the facts that they are offered for.

[203] I do not think that the statements I have highlighted above suggest a masked or veiled credibility finding, given that they appear after the Minister has already concluded that there is no evidence to satisfy the elements of the defence of duress. The Minister states very clearly that even if he accepted Mr. Oberlander's statements, they could not establish the facts that they are provided for in light of the whole record.

de défense fondé sur la contrainte est cumulatif. En effet, le moyen de défense ne peut pas être invoqué si l'un des trois éléments n'est pas établi. Par exemple, même si l'on pouvait considérer que le ministre a tiré une conclusion relative à la crédibilité relativement aux prétentions de M. Oberlander concernant sa crainte d'être exécuté (rapport, au paragraphe 92), il n'en reste pas moins que ce dernier ne peut pas invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte parce qu'il est aussi conclu que le service de M. Oberlander était conforme à sa volonté. Cette conclusion est basée sur le fait que M. Oberlander a servi au sein d'une unité de l'armée régulière après avoir fait partie de l'unité Ek 10a, sur le fait qu'il a accepté une récompense associée à son service et sur sa demande de citoyenneté. Ces conclusions ne sont pas fondées sur la crédibilité de M. Oberlander, mais plutôt sur la preuve au dossier.

[202] Une lecture de la décision contestée dans son ensemble m'amène à conclure qu'elle est fondée sur l'insuffisance de la preuve. J'arrive à cette conclusion en dépit du fait que certaines phrases semblent indiquer qu'il pourrait y avoir des doutes au regard de la crédibilité. Compte tenu de la décision contestée dans son ensemble et du libellé entourant les phrases que j'ai isolées, il ne fait aucun doute que le ministre parlait de l'insuffisance de la preuve et non de la crédibilité de M. Oberlander. La plus grande partie de l'analyse contenue dans le rapport porte surtout sur le fait que les prétentions de M. Oberlander sont étayées seulement par son affidavit. Le ministre n'est pas convaincu que les déclarations de M. Oberlander établissent à elles seules les faits pour lesquelles elles sont présentées lorsqu'il tient compte du reste du dossier, lequel semble permettre une conclusion contraire aux affirmations de M. Oberlander.

[203] Je ne pense pas que les déclarations que j'ai fait ressortir ci-dessus dissimulent ou cachent une conclusion relative à la crédibilité, étant donné qu'elles sont exposées après que le ministre a conclu qu'il ne disposait d'aucune preuve satisfaisant aux éléments du moyen de défense fondé sur la contrainte. Le ministre affirme très clairement que, même s'il les avait acceptées, les déclarations de M. Oberlander ne pourraient pas établir les faits pour lesquels elles ont été formulées, compte tenu de l'ensemble du dossier.

(3) Conclusion on Procedural Fairness

[204] My conclusion is that the applicant has not established that procedural unfairness occurred in this case.

C. Duress—Errors in Law—Unreasonableness

[205] The applicant says that the GIC erred in law in considering duress because:

- (a) It applied the wrong standard for assessing the defence of duress;
- (b) It ignored and misstated evidence so that it made erroneous findings of fact in a perverse and capricious manner; and,
- (c) It reached an unreasonable decision.

[206] Generally speaking, my review of the record leads me to conclude that the GIC applied the correct standard in assessing the issue of duress. However, I think there are some problems with the way that the evidence was handled that need to be acknowledged and addressed in order to decide whether the decision is reasonable or whether the matter should be retuned for reconsideration.

(1) Periods of Leave

[207] The Report makes several references to Mr. Oberlander’s periods of leave [at paragraphs 30, 32, 51 and 55]:

For example, in early May 1942, Mr. Huebert – a witness called by the Crown – recalls that he and Mr. Oberlander had driven some 400 km together from where they were stationed to their respective homes. They were on leave for 14 days after which they returned to their posts together. Justice MacKay found Mr. Huebert’s testimony to be credible. The Minister, therefore, concludes that Mr. Oberlander returned to his post voluntarily at this time, negating the existence of an imminent, real, and inevitable threat of harm.

3) La conclusion sur l’équité procédurale

[204] J’arrive à la conclusion que le demandeur n’a pas établi qu’il y avait eu manquement à l’équité procédurale en l’espèce.

C. La contrainte — Les erreurs de droit — Le caractère déraisonnable

[205] Le demandeur soutient que le GC a commis une erreur de droit dans le cadre de son examen de la contrainte pour les raisons suivantes :

- a) il n’a pas appliqué le norme appropriée lorsqu’il a apprécié le moyen de défense fondé sur la contrainte;
- b) il n’a pas tenu compte de certains éléments de preuve et il en a exposé d’autres de manière inexacte, de sorte qu’il a tiré des conclusions de fait erronées de façon abusive et arbitraire;
- c) il a rendu une décision déraisonnable.

[206] De façon générale, mon examen du dossier m’amène à conclure que le GC a appliqué la norme appropriée à l’égard de la question de la contrainte. Je pense cependant que le traitement réservé à la preuve suscite certains problèmes qu’il faut reconnaître et régler afin de décider si la décision est raisonnable ou si l’affaire devrait être renvoyée pour nouvel examen.

1) Les permissions

[207] Le rapport mentionne à plusieurs reprises les permissions accordées à M. Oberlander [aux paragraphes 30, 32, 51 et 55] :

[TRADUCTION] Par exemple, un témoin appelé par la Couronne, M. Huebert, rappelle qu’au début de mai 1942 lui et M. Oberlander ont parcouru ensemble les quelque 400 km qui séparaient leur poste de leur domicile respective. Ils avaient obtenu une permission de 14 jours, après quoi ils sont retournés ensemble à leur poste. Le juge MacKay a estimé que le témoignage de M. Huebert était crédible. En conséquence, le ministre conclut que M. Oberlander est retourné à son poste de son plein gré à l’époque, ce qui indique qu’il n’existait pas une menace de préjudice imminente, réelle et inévitable.

...

[...]

iv. Mr Oberlander had numerous opportunities to desert as he was on leave many times and for several weeks on each occasion. [cited to *Oberlander* (2000) at paras 22, 38, 73 and 158].

iv. Monsieur Oberlander a eu de nombreuses occasions de désertier, car il a reçu un grand nombre de permissions de plusieurs semaines [renvoi à *Oberlander* (2000), aux paragraphes 22, 38, 73 et 158].

...

[...]

Rather, Justice MacKay's decision points out that Mr. Oberlander was permitted several unescorted lengthy leaves of absence from the Ek10a...

La décision du juge MacKay fait plutôt ressortir que M. Oberlander a obtenu plusieurs longues permissions sans escorte de la part de l'unité Ek10a [...]

...

[...]

The record shows that, contrary to Mr. Oberlander's submissions at paragraphs 83 to 86, he had numerous opportunities to escape as he was given multiple leaves for several weeks on each occasion. [also cited to *Oberlander* (2000) at paragraphs 22, 38, 73 and 158].

Le dossier montre que, contrairement à ce que M. Oberlander prétend aux paragraphes 83 à 86, il a eu de nombreuses occasions de s'échapper, car un grand nombre de permissions de plusieurs semaines lui ont été accordées [renvoi aussi à *Oberlander* (2000), aux paragraphes 22, 38, 73 et 158].

[208] As the applicant points out, a review of the paragraphs that the Minister cites from Justice MacKay's decision reveal no findings regarding the leaves that Mr. Oberlander took while serving Ek 10a:

[208] Comme le demandeur le fait remarquer, un examen des paragraphes de la décision du juge MacKay auxquels le ministre fait référence ne révèle aucune conclusion concernant les permissions dont M. Oberlander a bénéficié pendant son service au sein de l'unité Ek 10a :

- Paragraph 22 refers to Mr. Huebert's account of the trip that he says he and Mr. Oberlander took during a period of leave (referred to in the Report at para 30). However, in the next paragraph, Justice MacKay says, "[i]t is unlikely that he [Mr. Oberlander] travelled to Halbstadt with Mr. Huebert at least at the time Huebert suggests, in May 1942, since this would have been after Mr. Oberlander's mother and family had left the town." The Minister concludes that "Mr. Oberlander returned to his post voluntarily at this time, negating the existence of an imminent, real, and inevitable threat of harm" (Report at para 30). As Justice MacKay said that it was unlikely that Mr. Oberlander took this leave, I do not think it is possible for the Minister to conclude anything from Mr. Oberlander's alleged return from the leave;
- Paragraph 38 refers to a leave that Mr. Oberlander testified about. The leave took place in April 1944 while Mr. Oberlander was serving with a regular army unit. I agree with the Applicant that a period of leave that took place after his service with Ek 10a cannot lead to any conclusion about whether Mr. Oberlander was under duress while serving Ek 10a;

- le paragraphe 22 fait référence au compte rendu de M. Huebert concernant le voyage qu'il aurait fait avec M. Oberlander pendant une permission (il en est question au paragraphe 30 du rapport). Dans le paragraphe suivant cependant, le juge MacKay dit : « Il est donc peu probable qu'il [M. Oberlander] se soit rendu à Halbstadt avec M. Huebert, à tout le moins au moment indiqué par ce dernier, soit en mai 1942, puisqu'à ce moment-là la mère et la famille de M. Oberlander avaient quitté la ville. » Le ministre conclut que [TRADUCTION] « M. Oberlander est retourné à son poste de son plein gré à l'époque, ce qui indique qu'il n'existait pas une menace de préjudice imminente, réelle et inévitable » (rapport, au paragraphe 30). Comme le juge MacKay a dit qu'il était peu probable que M. Oberlander ait pris ce congé, je ne pense pas que le ministre puisse conclure quoi que ce soit du présumé retour de M. Oberlander après sa permission;
- le paragraphe 38 fait référence à une permission au sujet de laquelle M. Oberlander a témoigné. La permission a été prise en avril 1944, alors que M. Oberlander servait dans une unité de l'armée régulière. Je suis d'accord avec le demandeur lorsqu'il dit qu'une permission survenue après son service au sein de l'unité Ek 10a ne peut pas permettre de décider s'il agissait sous l'effet de la contrainte au sein de l'unité Ek 10a;

- Paragraph 73 refers to an investigation that took place in the 1970s regarding Dr. Christmann’s involvement with Ek 10a. Mr. Oberlander signed a statement which noted “that he was on leave several times, including one visit to his family in Halbstadt.” Justice MacKay accepted the statement as evidence because it was signed and given voluntarily. However, Justice MacKay expressly rejected the parts of the statement that were relevant to his decision. For example, Justice MacKay rejected Mr. Oberlander’s claim that he did not know the name of his unit and did not know that the unit was involved in executions (*Oberlander* (2000), above, at paras 153-155);
- Paragraph 158 appears under a section in which Justice MacKay summarizes Mr. Oberlander’s evidence and some of its inconsistencies with the documentary evidence and the evidence of the other witnesses. Justice MacKay notes the inconsistency between Mr. Oberlander testifying at the hearing that he never returned to Halbstadt after he was recruited, and his 1970 statement which noted that he went on leave several times and once visited his family in Halbstadt.
- il est question au paragraphe 73 d’une enquête s’étant déroulée dans les années 1970 au sujet du rôle du Dr Christmann au sein de l’unité Ek 10a. Monsieur Oberlander a signé une déclaration portant [TRADUCTION] « qu’il a reçu plusieurs permissions, y compris une lui permettant de visiter sa famille à Halbstadt ». Le juge MacKay a admis la déclaration en preuve parce qu’elle avait été faite et signée volontairement. Il a toutefois rejeté expressément les parties de la déclaration qui étaient pertinentes aux fins de sa décision, par exemple la prétention de M. Oberlander selon laquelle il ne connaissait pas le nom de son unité et ne savait pas que celle-ci avait été impliquée dans des exécutions (*Oberlander* (2000), précitée, aux paragraphes 153 à 155);
- le paragraphe 158 se trouve après le résumé fait par le juge MacKay du témoignage de M. Oberlander et de certaines contradictions entre ce témoignage, d’une part, et la preuve documentaire et les autres témoignages, d’autre part. Le juge MacKay relève la contradiction entre le témoignage présenté par M. Oberlander à l’audience selon lequel il n’était jamais retourné à Halbstadt après avoir été enrôlé et sa déclaration de 1970 indiquant qu’il avait eu plusieurs permissions et avait rendu visite à sa famille à une occasion à Halbstadt.

[209] In my view, I do not think it could be said that Justice MacKay made any findings that Mr. Oberlander took any periods of leave (except the one that took place while he was with a regular army unit), and he did not make any findings regarding how many leaves he took or the duration of any leaves. The only reference to any duration is Mr. Huebert’s recollection that the leave he took with Mr. Oberlander was for 14 days. Again, Justice MacKay said that this leave was unlikely to have taken place. Further, Justice MacKay made no finding regarding whether Mr. Oberlander had an opportunity to desert.

[210] Apart from what Justice MacKay said about Mr. Oberlander’s leaves, however, it seems clear from the applicant’s own evidence in 1970 that he went on leave several times, including on one occasion to see his family in Halbstadt where he had been living at the beginning of the war. Mr. Huebert testified that everyone in the unit had vacation time, and the applicant himself acknowledges that he returned to Ek 10a after his time in Belarus when the remnants of the unit he had been with were sent to Poland.

[209] À mon avis, je ne pense pas que l’on puisse dire que le juge MacKay a conclu que M. Oberlander avait bénéficié de permissions (sauf celle survenue pendant qu’il faisait partie d’une unité de l’armée régulière), et il n’a tiré aucune conclusion relativement au nombre de permissions dont M. Oberlander avait bénéficié ou à la durée de celles-ci. Il est question de la durée seulement dans le témoignage de M. Huebert selon lequel la durée de la permission qu’il avait prise avec M. Oberlander était de 14 jours. Le juge MacKay a dit qu’il était peu probable que cette permission ait eu lieu. En outre, il n’a tiré aucune conclusion concernant la question de savoir si M. Oberlander avait eu la possibilité de désert.

[210] Outre ce que le juge MacKay a dit au sujet des permissions de M. Oberlander, il ressort toutefois clairement du propre témoignage fait par le demandeur en 1970 qu’il était allé en permission à plusieurs reprises, notamment à une occasion pour rendre visite à sa famille à Halbstadt où il habitait au début de la guerre. M. Huebert a déclaré dans son témoignage que tous les membres de l’unité avaient des vacances et le demandeur lui-même reconnaît qu’il est retourné à l’unité Ek 10a après son séjour au Bélarus lorsque ce qui restait de son unité a été envoyé en Pologne.

[211] The Report also points out that, even if the applicant did not go on leave many times, he was still alone on the barge in Rostov for up to one month.

[212] Notwithstanding the Minister's mistakes about Justice MacKay's findings, there was still in my view sufficient evidence to support the Minister's contention that the applicant took periods of leave, returned to Ek 10a voluntarily, and that there were opportunities to desert that were not taken.

(2) Justice MacKay's Findings of Fact

[213] The Report also makes several references to the fact that Justice MacKay did not make certain findings of fact. The Federal Court of Appeal has already discussed the limitations of Justice MacKay's task and his findings of fact (*Oberlander* (2004), above) [at paragraphs 40–41]:

Neither the report nor the written submissions are meant to question the findings of facts made by the Judge at the end of the reference process. These findings are final and non-reviewable (see subsection 18(3) of the Act). To the extent that the written submissions were a disguised collateral attack against the findings, they were irrelevant and unhelpful. In the case at bar, Mr. Oberlander, the Minister and the Governor in Council must accept as an indisputable fact that Mr. Oberlander had a wartime experience with EK 10a, that he falsely represented his background or knowingly concealed material circumstances when interviewed by a security officer and that he was admitted to Canada for permanent residence and eventually was granted citizenship by false representation (see MacKay J.'s reasons, at paragraph 210). That the Governor in Council has the power, under section 18 of the *Citizenship Act*, to revoke Mr. Oberlander's citizenship is a given, the only question is: was the power to revoke exercised by the Governor in Council in a reviewable way in the circumstances of this case?

The findings of fact, however, must be seen as they are and not as they might have been. Mr. Justice MacKay was not deciding whether Mr. Oberlander came within the ambit of the government's policy to revoke the citizenship of war criminals. Mr. Justice MacKay was not deciding whether Mr. Oberlander was a war criminal within the meaning of Canadian or international law. Mr. Justice MacKay did not find—as he might have—that the EK 10a was an organization with a single,

[211] Le rapport souligne également que, si le demandeur n'était pas allé en permission à de nombreuses reprises, il s'était quand même trouvé seul sur le chaland à Rostov pendant une période allant jusqu'à un mois.

[212] Malgré les erreurs commises par le ministre relativement aux conclusions du juge MacKay, il y avait encore, à mon avis, une preuve démontrant que, comme le ministre le prétendait, le demandeur avait bénéficié de permissions, était retourné à l'unité Ek 10a de son plein gré et avait eu des occasions de désertier dont il n'avait pas profité.

2) Les conclusions de fait du juge MacKay

[213] Par ailleurs, le rapport mentionne à plusieurs reprises que le juge MacKay n'est pas parvenu à certaines conclusions de fait. La Cour d'appel fédérale a déjà examiné les limitations du travail du juge MacKay et ses conclusions de fait (*Oberlander* (2004), précité) [aux paragraphes 40 et 41] :

Ni le rapport ni les observations écrites ne sont destinés à mettre en question les conclusions de fait tirées par le juge à la fin du renvoi. Ces conclusions sont définitives et non susceptibles d'examen (voir le paragraphe 18(3) de la Loi). Dans la mesure où les observations écrites visaient, sous une forme déguisée, à contester d'une façon accessoire les conclusions tirées, elles n'étaient pas pertinentes et elles n'étaient pas utiles. En l'espèce, M. Oberlander, la ministre et le gouverneur en conseil doivent reconnaître que M. Oberlander avait incontestablement une expérience de guerre auprès de l'unité Ek 10a, qu'il a fait une fausse déclaration quant à ses antécédents ou qu'il a dissimulé intentionnellement des faits essentiels lors de son entrevue avec un agent de sécurité et qu'il a été admis au Canada à titre de résident permanent et qu'il a finalement acquis la citoyenneté par de fausses déclarations (voir les motifs du juge MacKay, au paragraphe 210). Il est entendu que le gouverneur en conseil possède le pouvoir voulu, en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté*, pour annuler la citoyenneté de M. Oberlander, mais il s'agit de savoir s'il a exercé ce pouvoir d'une façon qui peut donner lieu à un examen eu égard aux circonstances de l'espèce.

Toutefois, les conclusions de fait doivent être considérées telles qu'elles sont formulées et non telles qu'elles auraient pu l'être. Le juge MacKay ne déterminait pas si la politique du gouvernement d'annuler la citoyenneté des criminels de guerre s'appliquait à M. Oberlander. Le juge MacKay ne déterminait pas si M. Oberlander était un criminel de guerre au sens du droit canadien ou du droit international. Le juge MacKay n'a pas conclu — comme il aurait pu le faire — que l'unité Ek 10a

brutal purpose. Mr. Justice MacKay found that no evidence was presented about any personal involvement of Mr. Oberlander in criminal activities or in war crimes.

[214] Despite this warning, the Report attempts to make much of certain findings of fact that Justice MacKay did not make. For example, at paragraph 51, the Report says, “[i]n contrast to the facts in *Asgedom*, Mr. Justice MacKay made no findings regarding Mr. Oberlander that (1) there was an unavoidable forcible conscription; (2) he had no opportunity to leave until he was released, and (3) any attempt to desert would have resulted in death.” I do not think that the Minister can place any weight on Justice MacKay’s failure to make findings of fact in relation to matters that were not in issue in the proceeding before him. Justice MacKay noted that the evidence as to whether Mr. Oberlander was or was not conscripted was inconsistent (*Oberlander* (2000), above, at paragraph 20), but he did not make any findings or make any comments on the second and third issues.

[215] The Report later acknowledges the scope and limitations of Justice MacKay’s findings in response to Mr. Oberlander’s submissions regarding Justice MacKay’s comments on conscription (at paragraph 40): “Justice MacKay did not make a finding as to whether he [Mr. Oberlander] was forcibly conscripted as a member of the Ek10a nor did he comment on the credibility of this claim as it did not relate to the determinative issue before him.” This response is equally applicable to the Report’s attempts to create any significance for Justice MacKay’s failure to make certain other findings.

[216] Again, at paragraph 69, the Report says, “[t]here is no finding of fact as to the state of mind, the experiences and the circumstances behind Mr. Oberlander’s alleged perception of threat.” Justice MacKay was not tasked with making a finding as to Mr. Oberlander’s perception of the threat. The GIC was obliged to make the determination as to whether Mr. Oberlander’s

était une organisation dont la raison d’être était de perpétrer des actes de brutalité. Le juge MacKay a conclu qu’aucun élément de preuve n’avait été présenté au sujet de la participation personnelle de M. Oberlander aux activités criminelles ou aux crimes de guerre.

[214] Malgré cette mise en garde, le rapport tente d’attacher beaucoup d’importance à certaines conclusions de fait que le juge MacKay n’a pas tirées. Par exemple, le rapport indique, au paragraphe 51 : [TRADUCTION] « Contrairement à ce qui s’est passé dans *Asgedom*, le juge MacKay n’a tiré aucune conclusion relativement à M. Oberlander selon laquelle 1) il a fait l’objet d’un enrôlement forcé inévitable; 2) il n’a eu aucune possibilité de s’échapper avant d’être libéré; 3) toute tentative de désertion aurait entraîné la mort. » Je ne pense pas que le ministre peut accorder du poids au fait que le juge MacKay n’a tiré aucune conclusion de fait relativement à des questions dont il n’était pas saisi. Le juge MacKay a mentionné que la preuve relative à la question de savoir si M. Oberlander avait été conscrit ou non était incohérente (*Oberlander* (2000), précitée, au paragraphe 20), mais il n’est arrivé à aucune conclusion ni fait aucun commentaire sur les deuxième et troisième questions.

[215] Le rapport reconnaît plus loin la portée et les limites des conclusions tirées par le juge MacKay en réponse aux prétentions de M. Oberlander concernant les observations du juge MacKay sur la conscription (au paragraphe 40) : [TRADUCTION] « Le juge MacKay n’a tiré aucune conclusion quant à la question de savoir s’il [M. Oberlander] avait été recruté de force pour faire partie de l’unité Ek 10a et n’a fait aucun commentaire sur la crédibilité de cette prétention, car elle ne concernait pas la question déterminante dont il était saisi. » Cette réponse s’applique également aux tentatives du rapport d’accorder de l’importance au défaut du juge MacKay de tirer certaines autres conclusions.

[216] À nouveau, au paragraphe 69, le rapport dit : [TRADUCTION] « Il n’y a aucune conclusion de fait concernant l’état d’esprit, les expériences et les circonstances sous-tendant la présumée perception de menace de M. Oberlander. » Le juge MacKay n’était pas chargé de tirer une conclusion au sujet de la perception de la menace de M. Oberlander. Le GC avait l’obligation de

perception of the threat was such that he cannot be said to have been complicit in the actions of Ek 10a.

[217] However, even if there are no clear findings from Justice MacKay on these issues, it was open to the GIC to assess all of the other evidence. This evidence reveals that even if the applicant was conscripted, there is no evidence to suggest that what he did with Ek 10a, or his remaining with the unit, was against his will. When he first joined, he was not armed, but he was later given a rifle and, later still, a machine gun. He wore an SD uniform beginning in the summer of 1942. He saved the lives of two German soldiers. He was awarded the War Service Cross Second Class Medal (he denied this when interviewed in 1970). And he later obtained German citizenship by including his name in the letter that went to the SS and police together with others who had proved their loyalty to the German cause in the war, which letter urged that he should be granted German citizenship in accordance with the decree of the Führer.

[218] On the other hand, there was no evidence that the applicant had been mistreated, that he found Ek 10a's activities and objectives abhorrent, that he ever sought to be relieved of his duties, that he ever contemplated desertion or tried to desert.

(3) The Nuremberg Report

[219] The applicant complains about the Minister's use of the Nuremberg Report because it does not distinguish between leaders and lower ranking members (applicant's record, at pages 71–72). I share this concern, but the Nuremberg Report also deals with people involved in executions [at pages 481–482]:

One may accuse the Nazi military hierarchy of cruelty, even sadism of [*sic*] one will. But it may not be lightly charged with inefficiency. If any of these Kommando leaders had stated that they were constitutionally unable to perform this cold-blooded slaughter of human beings, it is not unreasonable to assume that they would have been assigned to other duties, not out of

décider si, à cause de cette perception, il était impossible de dire que M. Oberlander avait été complice des actes de l'unité Ek 10a.

[217] Cependant, même si le juge MacKay n'a pas tiré de conclusions claires sur ces questions, le GC pouvait sopeser tous les autres éléments de preuve. Ceux-ci démontrent que, même si le demandeur a été recruté de force, rien ne permet de penser qu'il a agi contre son gré en demeurant au sein de l'unité ou en commettant des actes pour le compte de celle-ci. Lorsqu'il s'est joint à l'unité, il n'était pas armé. Une carabine puis une mitrailleuse lui ont ensuite été remises. Il a porté un uniforme de la SD à partir de l'été 1942. Il a sauvé la vie de deux soldats allemands. Il a reçu la croix du service militaire, deuxième classe (ce qu'il a nié au cours d'une entrevue en 1970). Il a obtenu ensuite la citoyenneté allemande en ajoutant son nom, dans la lettre transmise aux SS et à la police, aux noms d'autres personnes qui avaient démontré leur loyauté envers la cause allemande poursuivie au cours de la guerre. Cette lettre demandait instamment que la citoyenneté allemande lui soit attribuée conformément au décret du Führer.

[218] Par ailleurs, rien ne permettait de conclure que le demandeur avait été maltraité, qu'il estimait que les activités et les objectifs de l'unité Ek 10a étaient odieux, qu'il avait déjà demandé à être dispensé de ses tâches et qu'il avait déjà envisagé de désertir ou essayé de le faire.

3) Le rapport de Nuremberg

[219] Le demandeur se plaint de l'utilisation du rapport de Nuremberg par le ministre parce qu'aucune distinction n'y est faite entre les dirigeants et les membres subalternes (dossier du demandeur, aux pages 71 et 72). Je partage son point de vue, mais le rapport de Nuremberg parle aussi des personnes qui participaient aux exécutions [aux pages 481 et 482] :

[TRADUCTION] On peut accuser la hiérarchie militaire nazie de cruauté, même de sadisme si on veut, mais on ne saurait l'accuser à la légère d'inefficacité. Si l'un de ces dirigeants des Kommandos avait affirmé que ceux-ci n'étaient pas en mesure, à cause de la constitution, de procéder à ce massacre d'êtres humains exécuté de sang-froid, il n'est pas déraisonnable de

sympathy or for humanitarian reasons, but for efficiency's sake alone. In fact, Ohlendorf himself declared on this very subject—

“In two and a half years I had sufficient occasion to see how many of my Gruppe [group] did not agree to this order in their inner opinion. Thus, I forbade the participation in these executions on the part of some of these men, and I had them sent back to Germany.”

Ohlendorf himself could have got out of his execution assignment by refusing cooperation with the army. He testified that the Chief of Staff in the field said to him that if he, Ohlendorf, did not cooperate, he would ask for his dismissal in Berlin.

The witness Hartel testified that Thomas, Chief of Einsatzgruppe B, declared that all those who could not reconcile their conscience to the Fuehrer Order, that is, people who were too soft, as he said, would be sent back to Germany or assigned to other tasks, and that, in fact, he did send a number of people including commanders back to the Reich. [Emphasis added.]

[220] The Minister relies on this quote for the point that Mr. Oberlander could have sought a discharge (Report, at paragraph 46). I think the quoted passage says that those who could not deal with executions could seek to be transferred to another unit and that such requests were typically granted. The problem for the present case is that Justice MacKay said that there was no evidence before him that Mr. Oberlander was involved in any executions, or war crimes, or even aiding and abetting war crimes. I do not think that the Nuremberg Report can establish that Mr. Oberlander could have sought a transfer, or rebut his evidence that he could not have sought a transfer, given that it very specifically discusses transfers in relation to execution assignments. There is no evidence that Mr. Oberlander had any execution assignments, and Justice MacKay accepted Mr. Oberlander's evidence that he did not participate in executions. I do not think that this quote can establish that those who served as interpreters or food guards, or whatever other roles Mr. Oberlander held, could ask to be transferred.

penser qu'ils auraient été assignés à d'autres tâches, non pas par compassion ou pour des motifs d'ordre humanitaire, mais simplement pour des raisons d'efficacité. En fait, Ohlendorf s'est lui-même prononcé sur ce sujet :

« En deux ans et demi, j'ai eu amplement la possibilité de constater combien de personnes de mon groupe n'approuvaient pas cet ordre en leur for intérieur. En conséquence, j'ai interdit à certains de ces hommes de participer à ces exécutions, et je les ai fait renvoyer en Allemagne. »

Ohlendorf lui-même aurait pu être libéré de ses fonctions en matière d'exécution en refusant de coopérer avec l'armée. Il a déclaré dans son témoignage que le chef d'état-major sur le terrain lui avait dit que s'il – Ohlendorf – ne coopérait pas, il demanderait son renvoi à Berlin.

Le témoin Hartel a affirmé au cours de son témoignage que Thomas, le chef de l'Einsatzgruppe B, avait déclaré que tous ceux dont la conscience empêchait d'obéir à l'ordre du Fuehrer – selon ses termes, les personnes trop douces – seraient renvoyés en Allemagne ou assignés à d'autres tâches, et qu'il avait de fait renvoyé dans le Reich un certain nombre de personnes, y compris des commandants. [Non souligné dans l'original.]

[220] Le ministre s'appuie sur ce passage pour affirmer que M. Oberlander aurait pu demander une dispense (rapport, au paragraphe 46). Je pense que le passage cité indique que les personnes incapables de s'occuper des exécutions pouvaient demander un transfert à une autre unité et que ce type de demande était généralement accordé. Le problème en l'espèce vient du fait que le juge MacKay a dit qu'il ne disposait d'aucune preuve démontrant que M. Oberlander avait été impliqué dans des exécutions ou des crimes de guerre, ou même avait aidé et encouragé à commettre des crimes de guerre. Je ne pense pas que le rapport de Nuremberg puisse établir que M. Oberlander aurait pu demander un transfert ou réfuter le témoignage de celui-ci selon lequel il ne pouvait pas demander un transfert, étant donné qu'il traite des transferts dans le contexte très limité des affectations à des postes exigeant des titulaires qu'ils procèdent à des exécutions. Rien ne permet de conclure que M. Oberlander occupait un tel poste et le juge MacKay a admis le témoignage de M. Oberlander selon lequel il n'avait pas participé à des exécutions. Je ne pense pas que le passage reproduit ci-dessus puisse établir que les personnes qui ont servi comme interprètes ou qui ont surveillé la nourriture, ou qui ont joué un autre rôle assigné à M. Oberlander, pouvaient demander un transfert.

[221] Once again, however, based upon the full evidentiary record, I do not think this mistake is sufficient to render the Decision unreasonable. The mistakes found in the Report have to be reviewed in the context of the broader evidentiary record that goes to the issue of duress.

[222] The Report refers to and considers the applicant's age, his level of maturity, his education, and his own evidence that he had heard rumours he would be killed if he attempted to leave Ek 10a. The Report appears to conclude that the applicant was a mature 17 or 18 year old, and the evidence did not sufficiently establish that he would be killed if he attempted to leave. The conclusion, at paragraph 67, of the Report is that:

Mr. Oberlander's submissions concerning his age in relation to his perception that he had no safe escape is not believable because he was not a child when he joined the Nazi regime, and his maturity level was such that he could have evaluated his situation and deserted or asked for a transfer if that is what he wanted.

[223] I have already addressed the credibility issue in this passage and my conclusion is that the Minister's point is really that the applicant did not provide sufficient evidence to establish that he would face harm—whether immediate or later as a consequence—if he either asked to be transferred or deserted. The applicant would obviously be concerned that, if he deserted, he might be killed, and he faults the Minister for not sufficiently examining where he could go in Europe at the time in order to avoid this consequence. Obviously, some people did manage to escape but I think the important thing about the evidence on this issue is that it reveals no attempt by the applicant to distance himself from the brutal purpose of Ek 10a. It never seems to have occurred to him to examine the possibility of escape or to ask to be transferred, or to be relieved of his interpretative function or to ask for administrative re-assignment. There may have been danger in any attempt at distancing, but the applicant provided no convincing evidence that he even wanted to distance himself. He does not even express remorse. Hence, the Minister may have made mistakes about what Justice MacKay found regarding leave and opportunities to desert, but I cannot

[221] Encore une fois cependant, je ne pense pas, compte tenu de l'ensemble de la preuve, que cette erreur est suffisante pour rendre déraisonnable la décision contestée. Les erreurs relevées dans le rapport doivent être placées dans le contexte plus large de la preuve relative à la contrainte.

[222] Le rapport mentionne et prend en considération l'âge du demandeur, son degré de maturité, son niveau d'instruction et son propre témoignage voulant qu'il ait entendu des rumeurs indiquant qu'il serait tué s'il tentait de quitter l'unité Ek 10a. Le rapport semble conclure que le demandeur était un jeune homme mature de 17 ou 18 ans, et la preuve ne démontrait pas suffisamment qu'il serait tué s'il tentait de s'échapper. Le rapport conclut au paragraphe 67 :

[TRADUCTION] Les observations de M. Oberlander concernant son âge visant à expliquer pourquoi il croyait ne pas avoir un moyen de s'en sortir ne sont pas crédibles parce qu'il n'était pas un enfant lorsqu'il s'est joint au régime nazi et que son degré de maturité faisait en sorte qu'il était en mesure d'évaluer sa situation et de désertier ou de demander un transfert s'il le voulait.

[223] J'ai déjà abordé la question de la crédibilité soulevée dans ce passage et j'arrive à la conclusion que la préoccupation du ministre concernait réellement le fait que le demandeur n'avait pas produit une preuve suffisante pour établir qu'il aurait été exposé à un préjudice—immédiat ou à titre de conséquence—s'il avait demandé à être transféré ou s'il avait déserté. Le demandeur craignait manifestement d'être tué s'il désertait, et il reproche au ministre de ne pas avoir suffisamment examiné la question de savoir où il aurait pu aller en Europe à l'époque pour échapper à cette conséquence. Certes, des personnes ont réussi à s'échapper, mais je pense que l'important en ce qui concerne la preuve relative à cette question est qu'elle montre que le demandeur n'a rien fait pour se distancier des fins brutales de l'unité Ek 10a. Il semble qu'il n'ait jamais étudié la possibilité de s'échapper ou demandé à être transféré, à être dispensé de son travail d'interprète ou à être plutôt assigné à des fonctions administratives. Il aurait peut-être été dangereux pour le demandeur de tenter de se distancier, mais il n'a produit aucune preuve convaincante démontrant qu'il avait même voulu le faire. Il n'exprime même pas de remords. Ainsi, le

see how the applicant could establish duress when he failed to adduce evidence to show that he even wanted to leave Ek 10a. He stayed with Ek 10a and there is no evidence that he did not want to be there.

[224] There is, in fact, no evidence to support that the applicant—an interpreter—would have been killed had he attempted to desert. There was no direct evidence from the applicant, or Mr. Sidorenko or Mr. Huebert that they had seen anyone harmed for disobeying orders or trying to desert, or trying to be transferred elsewhere, or that they had been threatened with death for any of these things. Nor do the newspaper articles tell what would have happened to someone in the applicant's position. Mr. Sidorenko seems to have actually contemplated leaving Ek 10a (Report, Supplement C, Tab C, at page 900):

Q. Did what you saw there upset you?

A. Very much.

Q. Did you think of maybe leaving this unit?

A. Yes. Me and a friend of mine, Georgia were in such a mood that we were ready to leave for the partisans.

In addition, Mr. Sidorenko was interrogated for his suspected involvement in two of his colleagues' attempt to desert. It seems that none of the men involved in this attempted desertion were punished or even reprimanded in any way (Report, Supplement C, Tab C, at pages 901–903, 905–906).

(4) Conclusions on Reasonableness

[225] My reading of the Report is that it correctly identifies the *Ramirez* test for duress and, contrary to what the applicant alleges, acknowledges that the matter should be examined from the point of view of a reasonable person who is similarly situated to the applicant.

ministre peut avoir commis des erreurs au sujet des conclusions du juge MacKay concernant les permissions et les occasions de désertir, mais je ne vois pas comment le demandeur pourrait faire la preuve de la contrainte alors qu'il n'a produit aucune preuve démontrant qu'il avait voulu quitter l'unité Ek 10a. Il est demeuré au sein de cette unité et rien ne permet de conclure qu'il ne voulait pas être là.

[224] En fait, il n'y a aucune preuve établissant que le demandeur — un interprète — aurait été tué s'il avait tenté de désertir. Ni le demandeur, ni M. Sidorenko, ni M. Huebert n'ont produit une preuve directe attestant qu'ils avaient déjà vu quelqu'un subir un préjudice pour avoir désobéi aux ordres ou pour avoir tenté de désertir ou d'être transféré ailleurs, ou qu'ils avaient été menacés de mort s'ils commettaient l'un de ces actes. En outre, les articles de journal n'indiquent pas ce qui serait arrivé à une personne se trouvant dans la situation du demandeur. M. Sidorenko semble avoir réellement envisagé de quitter l'unité Ek 10a (rapport, supplément C, onglet C, à la page 900) :

[TRADUCTION]

Q. Est-ce que ce que vous avez vu vous a bouleversé?

R. Beaucoup.

Q. Avez-vous envisagé de quitter l'unité?

R. Oui. Une amie, Georgia, et moi étions dans un tel état que nous étions prêts à partir pour rejoindre les partisans.

De plus, M. Sidorenko a été interrogé au sujet de sa présumée participation à la tentative de désertion de deux de ses collègues. Il semble qu'aucun de ces hommes n'ait été puni ni même réprimandé d'une quelconque façon (rapport, supplément C, onglet C, aux pages 901 à 903, 905 et 906).

4) Les conclusions sur la raisonabilité

[225] Il ressort de ma lecture du rapport que celui-ci mentionne le critère élaboré dans l'arrêt *Ramirez* qui doit servir à déterminer s'il y a eu contrainte et, contrairement à ce que le demandeur allègue, reconnaît que l'affaire devrait être examinée du point de vue d'une

The Report considers the evidence and what it tells us about the applicant's point of view.

[226] The onus was on the applicant to establish duress and, in the end, he failed to demonstrate a reasonable apprehension of imminent physical peril, that the situation he found himself in was not of his making, or was not consistent with his will, or that he satisfied the proportionality requirement.

[227] For example, the applicant contends that the Minister failed to consider what would have happened to him if he had deserted. He claims that he would have been captured and executed. There was evidence that deserters could be shot but, on the facts of this case, the applicant failed to establish that he had made *any* efforts to extricate himself from the predicament or to distance himself from Ek 10a's criminal purpose. There was no evidence that he was mistreated and no evidence that he sought to be relieved of his duties. He served the Nazi cause for three or four years, surrendered at the end of the war, voluntarily accepted an award of the War Service Cross Second Class, and voluntarily joined his mother's application for German citizenship.

[228] As the respondent points out, the applicant has never expressed any remorse for being a member of Ek 10a or indicated that he found the activities of the organization abhorrent. There is no evidence that what he did for the organization was inconsistent with his will. He now asserts that he could not have deserted without being killed but this assertion (not accepted by the Minister) does not establish that, at the material time, he did not willingly contribute to the brutal purpose of Ek 10a. There was, as the respondent points out, an insufficient factual basis for the applicant's assertion that Ek 10a members would face death if they disobeyed the request to join or, even if they joined unwillingly, that they would face death for disobedience or desertion. The applicant did not present any evidence to suggest that he could not have sought a transfer from Ek 10a, a killing squad. This meant that the applicant also failed to provide evidence to show that the harm caused to victims of the organization was not greater than the harm he faced. The applicant, in my view, fails to appreciate that

personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur. Le rapport examine la preuve et ce qu'elle nous apprend au sujet du point de vue du demandeur.

[226] Il incombait au demandeur d'établir la contrainte. Au bout du compte, il n'a pas fait la preuve d'une crainte raisonnable de danger physique imminent et n'a pas démontré que la situation dans laquelle il se trouvait n'était pas de sa faute ou ne découlait pas de sa volonté ou qu'il satisfaisait à l'exigence de proportionnalité.

[227] Par exemple, le demandeur affirme que le ministre a omis d'examiner ce qui lui serait arrivé s'il avait déserté. Il prétend qu'il aurait été capturé et exécuté. Selon la preuve, il est vrai que les déserteurs pouvaient être abattus, mais, compte tenu des faits en l'espèce, le demandeur n'a pas établi qu'il avait tenté d'échapper à cette situation ou de se distancier du dessein criminel de l'unité Ek 10a. La preuve n'indiquait pas qu'il avait été maltraité et qu'il avait cherché à être relevé de ses fonctions. Il a servi la cause nazie pendant trois ou quatre ans, s'est rendu à la fin de la guerre, a accepté de son plein gré la croix du service militaire, deuxième classe et s'est volontairement joint à la demande de citoyenneté allemande de sa mère.

[228] Comme le défendeur le souligne, le demandeur n'a jamais exprimé aucun remords pour avoir été un membre de l'unité Ek 10a ou indiqué qu'il trouvait odieuses les activités de l'organisation. Rien ne permet de penser que le travail qu'il a fait pour l'organisation allait à l'encontre de sa volonté. Il affirme maintenant qu'il n'aurait pas pu désertier sans être tué, mais cette affirmation (qui n'a pas été acceptée par le ministre) n'établit pas que, à l'époque pertinente, il n'a pas contribué de son plein gré aux fins brutales visées par l'unité Ek 10a. Comme le défendeur le mentionne, l'affirmation du demandeur selon laquelle les membres de l'unité Ek 10a étaient passibles de la peine de mort s'ils refusaient de se joindre à l'unité ou, même s'ils s'y joignaient de force, étaient passibles de la peine de mort pour désobéissance ou désertion n'avait pas un fondement factuel suffisant. Le demandeur n'a présenté aucune preuve permettant de penser qu'il n'aurait pas pu demander un transfert de l'unité Ek 10a, une brigade d'exécution, ce qui signifiait qu'il avait aussi omis de

this Court has rejected the proposition that the “possibility of death for desertion is a *carte blanche* excuse for participation in the commission of atrocities” (*Valle Lopes*, above, at paragraph 107).

[229] It also seems to me that the Minister reasonably addressed the criminal law aspects of duress in so far as they were applicable to this case. I do not see the Minister requiring the applicant to demonstrate immediate harm. The “close temporal connection” emphasized in *Ryan*, above, was not demonstrated by the applicant. And, once again, the applicant did not establish the proportionality that *Ryan* says is required.

[230] I have examined each of the applicant’s assertions for reviewable error. I can see that some mistakes were made by the Minister and that there is scope for disagreement over the weight given to some of the evidence (or lack thereof), but I cannot say there is a material error in the Decision. Reasons do not need to be perfect. Reasons simply need to be sufficient to “allow the individual to understand why the decision was made; and to allow the reviewing court to assess the validity of the decision” (*Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, at paragraph 46). In my view, the Report satisfies both of these objectives.

[231] The Report discusses someone who has been found complicit and has now begun to emphasize duress, but who has shown no abhorrence for the activities of the organization he served, or that what he did was against his will or satisfied the proportionality requirement. He gave no convincing evidence that he ever gave any real consideration to ways in which he might extricate or distance himself from the brutal purpose of the organization to which he contributed, and whose contribution was acknowledged and rewarded after the war

présenter une preuve démontrant que le préjudice causé aux victimes de l’organisation n’était pas plus grave que celui auquel il était exposé. À mon avis, le demandeur ne se rend pas compte que la Cour a refusé de reconnaître que « le risque de mort auquel l’exposait la désertion lui donnait carte blanche et excusait sa participation à la commission d’atrocités » (*Valle Lopes*, précitée, au paragraphe 107).

[229] Il me semble également que le ministre a examiné de manière raisonnable les aspects de la contrainte relevant du droit criminel dans la mesure où ils s’appliquaient à la présente affaire. Le ministre n’a pas exigé du demandeur qu’il démontre le préjudice immédiat. Le demandeur n’a pas fait la preuve de l’existence du « lien temporel étroit » mis en évidence dans l’arrêt *Ryan*, précité, et, à nouveau, il n’a pas établi la proportionnalité qui doit exister selon l’arrêt *Ryan*.

[230] J’ai examiné chacune des prétentions du demandeur afin de déterminer si la décision comportait des erreurs susceptibles de contrôle. Je constate que le ministre a commis certaines erreurs et qu’il peut y avoir désaccord sur le poids à accorder à certains des éléments de preuve (ou à l’absence d’éléments de preuve), mais je ne peux pas dire que la décision contestée comporte une erreur importante. Il n’est pas nécessaire que les motifs soient parfaits. Ils doivent tout simplement être suffisants pour « permettre à l’intéressé de comprendre la décision et à la cour de révision d’apprécier le bien-fondé de celle-ci » (*Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, au paragraphe 46). À mon avis, le rapport atteint ces deux objectifs.

[231] Le rapport concerne une personne qui a été déclarée coupable de complicité et qui insiste maintenant sur l’importance de la contrainte exercée contre elle, mais qui n’a présenté aucune preuve démontrant que les activités de l’organisation lui étaient odieuses, qu’elle avait agi à l’encontre de sa volonté ou qu’elle avait satisfait à l’exigence de proportionnalité. Le demandeur n’a produit aucune preuve établissant de façon convaincante qu’il avait déjà réellement envisagé des façons de quitter l’organisation à laquelle il contribuait — sa contribution

with a War Service Cross. I have carefully examined the record and considered each of the applicant's submissions, and I can find no reviewable error.

lui avait d'ailleurs valu après la guerre la croix du service militaire — ou de se distancier des fins brutales de cette organisation. J'ai examiné le dossier avec soin et j'ai pris en compte chacune des observations du demandeur, et je ne peux relever aucune erreur pouvant faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The application is dismissed.

JUGEMENT

LA COUR STATUE :

1. La demande est rejetée.

A-35-13
2014 FCA 126

A-35-13
2014 CAF 126

Helen Jean Kinsel and Barbara Elizabeth Kinsel
(*Appellants*)

Helen Jean Kinsel et Barbara Elizabeth Kinsel
(*appelantes*)

v.

c.

Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)

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

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

RÉPERTORIÉ : KINSEL c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court of Appeal, Dawson, Trudel and Near JJ.A.—Vancouver, December 10, 2013; Ottawa, May 14, 2014.

Cour d'appel fédérale, juges Dawson, Trudel et Near, J.C.A.—Vancouver, 10 décembre 2013; Ottawa, 14 mai 2014.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from Federal Court order dismissing judicial review of decision by Minister of Citizenship and Immigration delegate refusing to issue citizenship certificates to appellants — Appellants' paternal grandmother losing Canadian citizenship when becoming naturalized U.S. citizen — Appellants' father born in U.S. — An Act to amend the Citizenship Act (Bill C-37) retroactively restoring citizenship to grandmother under Citizenship Act, ss. 3(1)(f), 3(7)(d), to father under Act, ss. 3(1)(g), 3(7)(e) — Appellants arguing entitled to citizenship under Act, s. 3(1)(b) — Federal Court concluding, inter alia, Act, s. 3(4) not only applying to people born after coming into force of Bill C-37, Act, s. 3(3)(a) cutting off citizenship by descent after first generation born abroad — Whether s. 3(3)(a) precluding appellants from receiving citizenship by descent — Delegate's interpretation of legislation correct or only reasonable interpretation — Appellants' reliance on s. 3(1)(b) ignoring effect of s. 3(3)(a) — S. 3(3)(a) unambiguous, limiting grant of citizenship by descent to first generation born outside Canada to Canadian parent — This limitation applying to appellants — S. 3(4) not applying to appellants — Ordinary meaning of relevant portions of s. 3 playing dominant role in interpretive process, supporting delegate's conclusion — Clause-by-clause analysis accompanying Bill C-17 supporting conclusion reached under textual analysis — Interpreting s. 3(3)(a) to limit citizenship by descent to first generation born abroad when parent holding citizenship under s. 3(1)(g) consistent with preponderance of contextual factors, purpose of legislation — Nothing in purpose to suggest Parliament intending to exempt second generation descendants — Appellants adducing no evidence to support alleged violation of equality rights — Appeal dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel interjeté à l'encontre de l'ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire attaquant une décision rendue par une déléguée du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration qui a refusé de délivrer des certificats de citoyenneté aux appelantes — La grand-mère paternelle des appelantes a perdu sa citoyenneté canadienne lorsqu'elle est devenue citoyenne naturalisée des États-Unis — Le père des appelantes est né aux États-Unis — La Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté (le projet de loi C-37) a rétabli rétroactivement la citoyenneté canadienne à la grand-mère par l'application des art. 3(1)(f) et 3(7)(d) de la Loi sur la citoyenneté, et au père en vertu des art. 3(1)(g) et 3(7)(e) de la Loi — Les appelantes ont fait valoir qu'elles avaient droit à la citoyenneté conformément à l'art. 3(1)(b) de la Loi — La Cour fédérale a conclu, entre autres, que l'art. 3(4) de la Loi ne visait pas seulement les personnes nées après l'entrée en vigueur du projet de loi C-37 et l'art. 3(3)(a) visait à restreindre la citoyenneté par filiation à la première génération née à l'étranger — Il s'agissait de savoir si l'art. 3(3)(a) excluait l'obtention par les appelantes de la citoyenneté par filiation — L'interprétation de la loi par la déléguée était correcte ou constituait la seule interprétation raisonnable — En s'appuyant sur l'art. 3(1)(b), les appelantes ont ignoré l'effet de l'art. 3(3)(a) — Le libellé de l'art. 3(3)(a) est sans équivoque et il a pour effet de restreindre la citoyenneté par filiation à la première génération née à l'étranger d'un parent canadien — Cette restriction vise les appelantes — L'art. 3(4) ne vise pas les appelantes — Le sens ordinaire des parties pertinentes de l'art. 3 doit jouer un rôle dominant dans le processus d'interprétation — L'analyse article par article qui accompagne le projet de loi C-37 est un facteur contextuel pertinent qui va dans le sens de la conclusion tirée aux termes de l'analyse textuelle — Interpréter l'art. 3(3)(a) de la Loi de

This was an appeal from a Federal Court order dismissing the appellants' application for judicial review of a decision by a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration refusing to issue citizenship certificates to the appellants because they did not meet the statutory requirements for citizenship set out in the *Citizenship Act*.

The appellants' paternal grandmother ceased to be a Canadian when she became a naturalized citizen of the U.S. The appellants' father was born in the U.S. and at the time of his birth, neither of his parents held Canadian citizenship. The appellants were also born in the U.S. At the time of their births, neither of their parents held Canadian citizenship. *An Act to amend the Citizenship Act* (Bill C-37) retroactively restored Canadian citizenship under paragraphs 3(1)(f) and 3(7)(d) of the Act to persons like the appellants' paternal grandmother. Additionally, under paragraphs 3(1)(g) and 3(7)(e) of the Act, citizenship was granted retroactively to persons born abroad to a Canadian. Thus, the appellants' father was deemed to be a Canadian citizen from the time he was born. The Minister's position was that, pursuant to paragraph 3(3)(a) of the Act, Canadian citizenship by descent extends only to the first generation of progeny born abroad. The appellants asserted that there is no such limitation affecting their claims. They argued they are entitled to citizenship pursuant to paragraph 3(1)(b) of the Act. The Federal Court concluded, *inter alia*, that subsection 3(4)¹ did not only apply to people born after Bill C-37 came into force in 2009, and that paragraph 3(3)(a) was intended to cut-off citizenship by descent after the first generation born abroad.

The main issue was whether paragraph 3(3)(a) of the Act, as amended by Bill C-37, precludes the appellants from receiving citizenship by descent.

Held, the appeal should be dismissed.

façon à restreindre la citoyenneté par filiation à la première génération de progéniture née à l'étranger lorsqu'un parent possède la citoyenneté en vertu de l'art. 3(1)g est conforme à la prépondérance des facteurs contextuels — Rien dans l'objectif ne tend à indiquer que le législateur avait l'intention de soustraire les descendants de deuxième génération à cette règle — Les appelantes n'ont présenté aucun élément de preuve à l'appui de la supposée violation de leurs droits à l'égalité — Appel rejeté.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire des appelantes attaquant une décision rendue par une déléguée du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration qui a refusé de délivrer des certificats de citoyenneté aux appelantes parce qu'elles ne satisfaisaient pas aux exigences de citoyenneté énoncées dans la *Loi sur la citoyenneté*.

La grand-mère paternelle des appelantes a perdu sa citoyenneté lorsqu'elle est devenue citoyenne naturalisée des États-Unis. Le père des appelantes est né aux États-Unis, et à sa naissance, aucun de ses parents n'avait la citoyenneté canadienne. Les appelantes sont également nées aux États-Unis. À leur naissance, aucun de leurs parents n'avait la citoyenneté canadienne. La *Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté* (le projet de loi C-37) visait à rétablir rétroactivement la citoyenneté canadienne par l'application des alinéas 3(1)f) et 3(7)d) de la Loi, aux personnes comme la grand-mère paternelle des appelantes. De plus, par application des alinéas 3(1)g) et 3(7)e) de la Loi, la citoyenneté était accordée rétroactivement aux personnes nées à l'étranger d'un parent canadien. Ainsi, le père des appelantes était réputé citoyen canadien à partir de sa date de naissance. Le ministre avait pour thèse que, conformément à l'alinéa 3(3)a) de la Loi, la citoyenneté canadienne par filiation vise uniquement la première génération de progéniture née à l'étranger. Les appelantes ont affirmé qu'aucune restriction de cette nature ne s'applique à leurs revendications. Elles ont fait valoir qu'elles ont droit à la citoyenneté conformément à l'alinéa 3(1)b) de la Loi. La Cour fédérale a conclu, entre autres, que le paragraphe 3(4)¹ ne visait pas seulement les personnes nées après l'entrée en vigueur du projet de loi C-37 en 2009, et que l'alinéa 3(3)a) visait à restreindre la citoyenneté par filiation à la première génération née à l'étranger.

Il s'agissait principalement de savoir si l'alinéa 3(3)a) de la Loi, modifié par le projet de loi C-37, excluait l'obtention par les appelantes de la citoyenneté par filiation.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

¹ Subsection 3(4) provides that "[s]ubsection (3) does not apply to a person who, on the coming into force of that subsection, is a citizen."

¹ Le paragraphe 3(4) dispose que « [l]e paragraphe (3) ne s'applique pas à la personne qui, à la date d'entrée en vigueur de ce paragraphe, a qualité de citoyen ».

The delegate's interpretation of the legislation was either correct or, alternatively, the only reasonable interpretation. Paragraph 3(1)(b) of the Act confers citizenship by descent. A person is a citizen of Canada if that person was born outside of Canada after February 14, 1977, and at the time of his birth one of his parents was a Canadian citizen. The appellants relied upon this provision to argue that because their father is now deemed to be a Canadian citizen from the time of his birth, they are Canadian citizens. This ignores the effect of paragraph 3(3)(a) of the Act which came into force with the passing of Bill C-37. The text of paragraph 3(3)(a) is unambiguous. Paragraph 3(3)(a) operates to limit the grant of citizenship by descent to the first generation born outside of Canada to a Canadian parent. This limitation applies to the appellants. Subsection 3(4) does not apply to the appellants for the reason that prior to the coming into force of Bill C-37, they were not Canadian citizens. The ordinary meaning of the relevant portions of section 3 should play a dominant role in the interpretive process. They support the delegate's conclusion. The clause-by-clause analysis that accompanied Bill C-37 supports the interpretation reached under the textual analysis. Interpreting paragraph 3(3)(a) to limit citizenship by descent to the first generation of progeny born abroad when a parent holds citizenship under paragraph 3(1)(g) is consistent with the preponderance of the contextual factors. There is nothing in the purpose to suggest Parliament intended to exempt second generation descendants like the appellants from the one generation rule when they only received Canadian citizenship on the coming into force of Bill C-37. Interpreting paragraph 3(3)(a) to limit citizenship by descent to the first generation born abroad to Canadian citizens is consistent with the purpose of the legislation. Finally, the appellants adduced no evidence to support the alleged violation of their equality rights.

L'interprétation de la loi par la déléguée était correcte ou, subsidiairement, constituait la seule interprétation raisonnable. L'alinéa 3(1)b) de la Loi confère la citoyenneté par filiation. Une personne a qualité de citoyen canadien si elle est née à l'étranger après le 14 février 1977 et si, au moment de sa naissance, un de ses parents était citoyen canadien. Les appelantes se sont appuyées sur cette disposition pour faire valoir que comme leur père est désormais réputé citoyen canadien à partir de sa naissance, elles ont qualité de citoyen canadien. Cette position ignore l'effet de l'alinéa 3(3)a) de la Loi, qui est entré en vigueur avec l'adoption du projet de loi C-37. Le libellé de l'alinéa 3(3)a) est sans équivoque. L'alinéa 3(3)a) s'applique pour restreindre la citoyenneté par filiation à la première génération née à l'étranger d'un parent canadien. Cette restriction vise les appelantes. Le paragraphe 3(4) ne s'applique pas aux appelantes parce qu'avant l'entrée en vigueur du projet de loi C-37, elles n'étaient pas citoyennes canadiennes. Le sens ordinaire des parties pertinentes de l'article 3 doit jouer un rôle dominant dans le processus d'interprétation. Elles vont dans le sens de la conclusion de la déléguée. L'analyse article par article qui accompagne le projet de loi C-37 va dans le sens de l'interprétation résultant de l'analyse textuelle. Interpréter l'alinéa 3(3)a) de façon à restreindre la citoyenneté par filiation à la première génération de progéniture née à l'étranger lorsqu'un parent possède la citoyenneté en vertu de l'alinéa 3(1)g) est conforme à la prépondérance des facteurs contextuels. Rien dans l'objectif ne tend à indiquer que le législateur avait l'intention de soustraire les descendants de deuxième génération, comme les appelantes, à la règle de la première génération lorsqu'ils ont reçu la citoyenneté canadienne seulement à l'entrée en vigueur du projet de loi C-37. Interpréter l'alinéa 3(3)a) de façon à restreindre la citoyenneté par filiation à la première génération née à l'étranger d'un parent ayant qualité de citoyen est conforme à l'objectif de la loi. Enfin, les appelantes n'ont présenté aucun élément de preuve à l'appui de la supposée violation de leurs droits à l'égalité.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

An Act to amend the Citizenship Act, S.C. 2008, c. 14.
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, 15.
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 3, 5(5), 6.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention on the Reduction of Statelessness, 30 August 1961, [1978] Can. R.T. No. 32.

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, 15.
Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté, L.C. 2008, ch. 14.
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 3, 5(5), 6.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention sur la réduction des cas d'apatridie, 30 août 1961, [1978] R.T. Can. n° 32.

CASES CITED

APPLIED:

Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Kandola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 85, [2015] 1 F.C.R. 549; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601.

CONSIDERED:

McLean v. British Columbia (Securities Commission), 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, (1999), 171 D.L.R. (4th) 1; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, (1999), 173 D.L.R. (4th) 1.

REFERRED TO:

Rabin v. Canada (Citizenship and Immigration), 2010 FC 1094; *Jabour v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 98, [2013] 3 F.C.R. 640; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61.

AUTHORS CITED

Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Reclaiming Citizenship for Canadians: A Report on the Loss of Canadian Citizenship*. Report of the Standing Committee on Citizenship and Immigration, December 2007, online: <<http://www.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/392/CIMM/Reports/RP3159522/cimmrp02/cimmrp02-e.pdf>>.

Citizenship and Immigration Canada. Operational Bulletin 102 “Implementation of Bill C-37, an Act to Amend the Citizenship Act”, February 26, 2009 (expired).

Library of Parliament. Parliament Information and Research Service. Legislative Summary LS-591E. *Bill C-37: An Act to amend the Citizenship Act*, prepared by Penny Becklumb, Law and Government Division, 9 January 2008, revised 20 February 2014, online: <<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/LegislativeSummaries/39/2/c37-e.pdf>>.

APPEAL from a Federal Court order (2012 FC 1515, [2014] 2 F.C.R. 421) dismissing the appellants’ application for judicial review of a decision by a delegate of the

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Kandola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 85, [2015] 1 R.C.F. 549; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission), 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

DÉCISIONS CITÉES :

Rabin c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2010 CF 1094; *Jabour c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 98, [2013] 3 R.C.F. 640; *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61.

DOCTRINE CITÉE

Bibliothèque du Parlement. Service d’information et de recherche parlementaires. Résumé législatif LS-591F. *Projet de loi C-37 : Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté*, Penny Becklumb, Division du droit et du gouvernement, 9 janvier 2008, révisé le 20 février 2014, en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/LegislativeSummaries/39/2/c37-f.pdf>>.

Canada. Parlement. Chambre des Communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration. *Recouvrer sa citoyenneté : un rapport sur la perte de la citoyenneté canadienne*. Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et l’immigration, décembre 2007, en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/392/CIMM/Reports/RP3159522/cimmrp02/cimmrp02-f.pdf>>.

Citoyenneté et Immigration Canada. Bulletin opérationnel 102 « Mise en œuvre du projet de loi C-37, *Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté* », 26 février 2009 (désuet).

APPEL à l’encontre d’une ordonnance de la Cour fédérale (2012 CF 1515, [2014] 2 R.C.F. 421) par laquelle celle-ci a rejeté la demande de contrôle judiciaire des

Minister of Citizenship and Immigration refusing to issue citizenship certificates to the appellants because they did not meet the statutory requirements for citizenship set out in the *Citizenship Act*. Appeal dismissed.

appelantes attaquant une décision rendue par une déléguée du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration qui a refusé de délivrer des certificats de citoyenneté aux appelantes parce qu'elles ne satisfaisaient pas aux exigences de citoyenneté énoncées dans la *Loi sur la citoyenneté*. Appel rejeté.

APPEARANCES

William A. Kinsel for appellants.
Banafsheh Sokhansanj and *Philippe Alma* for respondent.

ONT COMPARU

William A. Kinsel pour les appelantes.
Banafsheh Sokhansanj et *Philippe Alma* pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD

William A. Kinsel for appellants.
Deputy Attorney General of Canada, Toronto, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

William A. Kinsel pour les appelantes.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

DAWSON J.A.:

LA JUGE DAWSON, J.C.A. :

I. Introduction

I. Introduction

[1] In 2009, the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 (Act) was amended to extend citizenship to individuals who had lost or were denied their citizenship for a variety of reasons. At issue in this appeal is the scope of the amendment.

[1] En 2009, le législateur a modifié la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 (la Loi) afin d'accorder la citoyenneté aux personnes qui l'avaient perdue ou auxquelles elle leur avait été refusée pour diverses raisons. Le présent pourvoi porte sur la portée de la modification.

[2] This is an appeal from an order of the Federal Court dismissing the appellants' application for judicial review of a decision by a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration. The delegate refused to issue citizenship certificates to the appellants because they did not meet the statutory requirements for citizenship set out in the Act.

[2] La Cour est saisie d'un appel de l'ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire des appelantes attaquant une décision rendue par une déléguée du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. La déléguée a refusé de délivrer des certificats de citoyenneté aux appelantes parce qu'elles ne satisfaisaient pas aux exigences de citoyenneté énoncées dans la Loi.

[3] In the Federal Court, the appellants argued that the delegate had erroneously interpreted the Act. In the alternative, they argued that, if correct, the delegate's interpretation of the Act violated section 15 of the

[3] Devant la Cour fédérale, les appelantes ont soutenu que la déléguée a interprété la Loi de manière erronée. À titre subsidiaire, elles ont soutenu que si l'interprétation de la Loi donnée par la déléguée était correcte, elle

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).

[4] For reasons reported as 2012 FC 1515, [2014] 2 F.C.R. 421, the Federal Court dismissed the application for judicial review. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal. The appellants have not established that the delegate erred in her interpretation of the Act and the appellants have failed to establish any violation of section 15 of the Charter.

II. The Facts

[5] The facts are carefully set out in the decision of the Federal Court and are not in dispute. Simply put, the appellants' paternal grandmother was a Canadian citizen who (under the then applicable citizenship legislation) ceased to be a Canadian when she became a naturalized citizen of the United States of America. The appellants' father was born in the United States and at the time of his birth, neither of his parents held Canadian citizenship. The appellants were also born in the United States. At the time of their births, neither of their parents held Canadian citizenship.

[6] On April 17, 2009, Bill C-37 [*An Act to amend the Citizenship Act*, S.C. 2008, c. 14] came into force. Its effect was to amend the Act and restore citizenship to so-called "lost Canadians". Under paragraphs 3(1)(f) and 3(7)(d) of the Act, Bill C-37 retroactively restored Canadian citizenship to persons, like the appellants' paternal grandmother, who ceased to be a Canadian citizen as a result of acquiring another nationality. Under Bill C-37, such persons were deemed to be citizens of Canada from the time they lost their citizenship.

[7] Additionally, under paragraphs 3(1)(g) and 3(7)(e) of the Act, citizenship was granted retroactively to persons born abroad to a Canadian. Thus, the appellants'

contrevenait à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte).

[4] Par les motifs publiés sous la référence 2012 CF 1515, [2014] 2 R.C.F. 421, la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire. Par les motifs suivants, je rejeterais l'appel. Les appelantes n'ont pas établi que la déléguée a commis une erreur dans son interprétation de la Loi et n'ont pas établi qu'il y a eu violation de l'article 15 de la Charte.

II. Les faits

[5] Les faits sont soigneusement énoncés dans la décision de la Cour fédérale et ils ne sont pas controversés entre les parties et sont simples. La grand-mère paternelle des appelantes était citoyenne canadienne qui (aux termes de la loi en vigueur à l'époque en matière de citoyenneté) a perdu sa citoyenneté lorsqu'elle est devenue citoyenne naturalisée des États-Unis. Le père des appelantes est né aux États-Unis, et à sa naissance, aucun de ses parents n'avait la citoyenneté canadienne. Les appelantes sont également nées aux États-Unis. À leur naissance, aucun de leurs parents n'avait la citoyenneté canadienne.

[6] Le 17 avril 2009, le projet de loi C-37 [*Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté*, L.C. 2008, ch. 14] est entré en vigueur. Il visait à modifier la Loi et à rétablir la citoyenneté aux Canadiens dits « dépossédés de leur citoyenneté ». Par l'application des alinéas 3(1)(f) et 3(7)(d) de la Loi, le projet de loi C-37 a rétabli rétroactivement la citoyenneté canadienne aux personnes qui, comme la grand-mère paternelle des appelantes, avaient perdu leur citoyenneté canadienne parce qu'elles avaient obtenu une autre nationalité. Aux termes du projet de loi C-37, ces personnes étaient réputées citoyennes canadiennes à partir du moment où elles avaient perdu leur citoyenneté.

[7] De plus, par application des alinéas 3(1)(g) et 3(7)(e) de la Loi, la citoyenneté était accordée rétroactivement aux personnes nées à l'étranger d'un parent canadien.

father was deemed to be a Canadian citizen from the time he was born.

[8] The issue before this Court is whether Bill C-37 introduced a limit on derivative citizenship (that is citizenship derived from being born to a Canadian parent). It is the position of the Minister that, pursuant to paragraph 3(3)(a) of the Act, Canadian citizenship by descent extends only to the first generation of progeny born abroad. The appellants assert that there is no such limitation affecting their claims. They argue they are entitled to citizenship pursuant to paragraph 3(1)(b) of the Act which extends citizenship to persons born outside of Canada to a Canadian citizen.

[9] In the alternative, the appellants argue that if the delegate properly interpreted the Act (as amended by Bill C-37), the legislation is unconstitutional on the ground that it violates section 15 of the Charter.

III. Applicable Legislation

A. *Citizenship Act*

[10] The relevant portion of the definition of “citizenship” under the Act is:

Persons who are citizens **3.** (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

(a) the person was born in Canada after February 14, 1977;

(b) the person was born outside Canada after February 14, 1977 and at the time of his birth one of his parents, other than a parent who adopted him, was a citizen;

...

(f) before the coming into force of this paragraph, the person ceased to be a citizen for any reason other than the following reasons and did not subsequently become a citizen:

Ainsi, le père des appelantes était réputé citoyen canadien à partir de sa date de naissance.

[8] La question dont nous sommes saisis est celle de savoir si le texte du projet de loi C-37 a instauré une restriction à la citoyenneté acquise par filiation (c'est-à-dire la citoyenneté acquise par un enfant né d'un parent canadien). Le ministre a pour thèse que, conformément à l'alinéa 3(3)a) de la Loi, la citoyenneté canadienne par filiation vise uniquement la première génération de progéniture née à l'étranger. Les appelantes affirment qu'aucune restriction de cette nature ne s'applique à leurs revendications. Elles font valoir qu'elles ont droit à la citoyenneté conformément à l'alinéa 3(1)b) de la Loi, lequel accorde la citoyenneté aux personnes nées à l'étranger d'un parent ayant qualité de citoyen canadien.

[9] À titre subsidiaire, les appelantes soutiennent que si la déléguée a interprété correctement la Loi (telle qu'elle a été modifiée par le projet de loi C-37), la loi est inconstitutionnelle au motif qu'elle contrevient à l'article 15 de la Charte.

III. Loi applicable

A. *Loi sur la citoyenneté*

[10] La partie pertinente de la définition de « citoyenneté » au sens de la Loi est la suivante :

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne : Citoyens

a) née au Canada après le 14 février 1977;

b) née à l'étranger après le 14 février 1977 d'un père ou d'une mère ayant qualité de citoyen au moment de la naissance;

[...]

f) qui, avant l'entrée en vigueur du présent alinéa, a cessé d'être citoyen pour un motif autre que les motifs ci-après et n'est pas subséquentement devenu citoyen :

(i) the person renounced his or her citizenship under any of the following provisions:

...

(ii) the person's citizenship was revoked for false representation, fraud or concealment of material circumstances under any of the following provisions:

...

(iii) the person failed to make an application to retain his or her citizenship under section 8 as it read before the coming into force of this paragraph or did make such an application that subsequently was not approved;

(g) the person was born outside Canada before February 15, 1977 to a parent who was a citizen at the time of the birth and the person did not, before the coming into force of this paragraph, become a citizen;

(i) elle a renoncé à sa citoyenneté au titre de l'une des dispositions suivantes :

[...]

(ii) sa citoyenneté a été révoquée pour cause de fausse déclaration, fraude ou dissimulation de faits importants ou essentiels au titre de l'une des dispositions suivantes :

[...]

(iii) elle n'a pas présenté la demande visée à l'article 8, dans ses versions antérieures à l'entrée en vigueur du présent alinéa, pour conserver sa citoyenneté ou, si elle l'a fait, la demande a été rejetée;

g) qui, née à l'étranger avant le 15 février 1977 d'un père ou d'une mère ayant qualité de citoyen au moment de la naissance, n'est pas devenue citoyen avant l'entrée en vigueur du présent alinéa.

[11] What the Minister characterizes to be the limit on derivative citizenship introduced by Bill C-37 is found in subsection 3(3). Only paragraph 3(3)(a) is relevant to this appeal:

3. ...

Not applicable — after first generation

(3) Subsection (1) does not apply to a person born outside Canada

(a) if, at the time of his or her birth or adoption, only one of the person's parents is a citizen and that parent is a citizen under paragraph (1)(b), (c.1), (e), (g) or (h), or both of the person's parents are citizens under any of those paragraphs.

[12] Subsection 3(4) is characterized by its heading to be a transitional provision which provides an exception to subsection 3(3):

3. ...

Exception — transitional provision

(4) Subsection (3) does not apply to a person who, on the coming into force of that subsection, is a citizen.

[11] La restriction à la citoyenneté acquise par filiation qui, selon le ministre, a été introduite par le projet de loi C-37 se trouve au paragraphe 3(3). Seul l'alinéa 3(3)a joue en l'espèce :

3. [...]

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la personne née à l'étranger dont, selon le cas :

a) au moment de la naissance ou de l'adoption, seul le père ou la mère a qualité de citoyen, et ce, au titre de l'un des alinéas (1)b, c.1, e, g) et h), ou les deux parents ont cette qualité au titre de l'un de ces alinéas.

[12] L'intertitre du paragraphe 3(4) indique qu'il s'agit d'une disposition transitoire, laquelle établit une exception à l'application du paragraphe 3(3) :

3. [...]

(4) Le paragraphe (3) ne s'applique pas à la personne qui, à la date d'entrée en vigueur de ce paragraphe, a qualité de citoyen.

Inapplicabilité après la première génération

Exception — disposition transitoire

[13] It is paragraphs 3(7)(d) and (e) respectively that operated to confer citizenship on the appellants' paternal grandmother retroactive to the time she lost her Canadian citizenship and on Mr. Kinsel, retroactive to the date of his birth:

3. ...

Deemed application

(7) Despite any provision of this Act or any Act respecting naturalization or citizenship that was in force in Canada at any time before the day on which this subsection comes into force

...

(d) a person referred to in paragraph (1)(f) — other than a person described in paragraph (c) — is deemed to be a citizen under paragraph (1)(f) from the time the person ceased to be a citizen;

(e) a person referred to in paragraph (1)(g) or (h) is deemed to be a citizen from the time that he or she was born.

B. Canadian Charter of Rights and Freedoms

[14] As stated above, if this Court finds paragraph 3(3)(a) precludes the appellants from claiming citizenship under paragraph 3(1)(b), they argue in the alternative that this preclusion violates their equality rights under section 15 in a manner not saved by section 1 of the Charter:

Rights and freedoms in Canada

1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

...

Equality before and under law and equal protection and benefit of law

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[13] Les alinéas 3(7)d) et e) jouent respectivement pour conférer rétroactivement la citoyenneté à la grand-mère paternelle des appelantes à partir du moment où elle a perdu sa citoyenneté canadienne et à M. Kinsel à partir de sa date de naissance :

3. [...]

(7) Malgré les autres dispositions de la présente loi et l'ensemble des lois concernant la naturalisation ou la citoyenneté en vigueur au Canada avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe :

[...]

d) la personne visée à l'alinéa (1)f) autre que celle visée à l'alinéa c) est réputée être citoyen au titre de l'alinéa (1)f) à partir du moment où elle a cessé d'être citoyen;

e) la personne visée aux alinéas (1)g) ou h) est réputée être citoyen à partir du moment de sa naissance.

B. Charte canadienne des droits et libertés

[14] Comme je l'ai déjà dit, si notre Cour conclut que l'alinéa 3(3)a) exclut, par les appelantes, la revendication de la citoyenneté sur le fondement de l'alinéa 3(1)b), elles soutiennent subsidiairement que cette exclusion contrevient aux droits à l'égalité qu'elles tirent de l'article 15 d'une manière qui ne saurait se justifier au regard de l'article premier de la Charte :

1. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[...]

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Application présumée

Droits et libertés au Canada

Égalité devant la loi, égalité de bénéfice et protection égale de la loi

IV. The Delegate's Decision

[15] The delegate refused the appellants' applications for citizenship on the ground they did not meet the statutory requirements for citizenship under paragraph 3(1)(b) of the Act. In particular, the delegate found subsection 3(3) limits citizenship by descent to the first generation of progeny born abroad to Canadian citizens. Since the appellants were the second generation of Canadian descendants born abroad, subsection 3(3) precluded them from claiming citizenship by descent.

V. The Federal Court's Decision

[16] After setting out the relevant facts, the Judge found the delegate's decision should be reviewed on a reasonableness standard. In coming to this conclusion, the Judge relied on Federal Court decisions *Rabin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1094, at paragraphs 16 and 17 and *Jabour v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 98, [2013] 3 F.C.R. 640, at paragraphs 21 to 29, where reasonableness review was applied to a delegate's determination on the same issue. The Judge also relied on the fact that determining who is a citizen falls directly within a delegate's expertise and that, although important to Canadians, citizenship is not of central importance to the legal system as a whole.

[17] The appellants argued that because their father was granted citizenship retroactive to the date of his birth, history was "rewritten" such that the appellants were born to a Canadian citizen and, therefore, met the requirements of paragraph 3(1)(b) of the Act. In turn, this meant, the appellants were already citizens when subsection 3(4) came into force and, as such, were insulated from the first generation cut-off.

[18] The Judge analysed the relevant provisions of the Act and found that, notwithstanding the appellants' submissions, subsection 3(4) did not only apply to

IV. La décision de la déléguée

[15] La déléguée a rejeté les demandes de citoyenneté des appelantes au motif qu'elles ne satisfaisaient pas aux exigences de citoyenneté énoncées à l'alinéa 3(1)b) de la Loi. En particulier, la déléguée a conclu que le paragraphe 3(3) restreint la citoyenneté par filiation à la première génération de progéniture née à l'étranger de parents ayant qualité de citoyen canadien. Comme les appelantes font partie de la deuxième génération de descendants canadiens nés à l'étranger, le paragraphe 3(3) leur interdit de revendiquer la citoyenneté par filiation.

V. La décision de la Cour fédérale

[16] Après avoir énoncé les faits pertinents, la juge a conclu que la décision de la déléguée devait être examinée selon la norme de la décision raisonnable. Pour tirer cette conclusion, la juge s'est fondée sur la jurisprudence de la Cour fédérale : *Rabin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1094, aux paragraphes 16 et 17, et *Jabour c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 98, [2013] 3 R.C.F. 640, aux paragraphes 21 à 29, dans laquelle la norme de la décision raisonnable a été appliquée à la décision d'un délégué sur la même question. La juge s'est également fondée sur le fait que la question de savoir qui a qualité de citoyen relève directement de l'expertise d'un délégué et que, malgré qu'elle soit importante pour les Canadiens, la citoyenneté n'est pas d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble.

[17] Les appelantes ont soutenu que, puisque leur père a obtenu la citoyenneté rétroactivement à partir de sa naissance, l'histoire a été « refaite » de sorte qu'elles sont nées d'un parent ayant qualité de citoyen canadien et, par conséquent, satisfont aux critères énoncés à l'alinéa 3(1)b) de la Loi. Ainsi, cela signifie que les appelantes étaient déjà citoyennes lorsque le paragraphe 3(4) est entré en vigueur et, à ce titre, échappaient à la restriction de la première génération.

[18] La juge a analysé les dispositions pertinentes de la Loi et a conclu que, en dépit des observations des appelantes, le paragraphe 3(4) ne visait pas seulement

people born after April 17, 2009 when Bill C-37 came into force. There were two reasons for this conclusion. First, as set out in numerous legislative reports, the purpose of Bill C-37 was to preclude citizenship by descent after the first generation born abroad; the appellants' interpretation would frustrate this purpose. Second, the appellants' interpretation erroneously suggested their father's retroactive citizenship under paragraph 3(7)(e) was conferred earlier than their loss of eligibility under paragraph 3(3)(a). In the Judge's view, the following events all occurred simultaneously when Bill C-37 came into force:

- Mr. Kinsel became a citizen from the date of his birth;
- The appellants became entitled to citizenship; and
- The appellants' entitlement to citizenship was foreclosed by paragraph 3(3)(a).

[19] The Judge then referred to various Parliamentary reports and Citizenship and Immigration documents to conclude that paragraph 3(3)(a) was intended to cut-off citizenship by descent after the first generation born abroad, regardless of whether or not an applicant was born before 2009. Further, because the appellants did not argue before the delegate that paragraph 3(3)(a) was inconsistent with the United Nations' *Convention on the Reduction of Statelessness*, 30 August 1961, [1978] Can. T.S. No. 32, the Judge ruled she would not consider it on judicial review. Given that the argument was not before her, in the Judge's view it was reasonable for the delegate not to consider it.

[20] Finally, the Judge found the appellants did not have standing under the Charter to challenge the alleged unconstitutionality of paragraph 3(3)(a) of the Act. The Judge reasoned that the appellants were relying on the alleged denial of their father's right to pass his citizenship on by descent. Since their father was not a party to this application, the appellants did not have standing to rely on the alleged violations of his rights. Moreover, since the appellants were not physically present in

les personnes nées après le 17 avril 2009 lorsque le projet de loi C-37 est entré en vigueur. Deux raisons appelaient cette conclusion. Premièrement, comme il est signalé dans de nombreux rapports législatifs, le projet de loi C-37 visait à exclure la citoyenneté par filiation après la première génération née à l'étranger; l'interprétation des appelantes ferait obstacle à cet objectif. Deuxièmement, l'interprétation des appelantes donne à penser, à tort, que la citoyenneté que leur père a reçue rétroactivement en application de l'alinéa 3(7)e) lui a été conférée avant qu'elles ne perdent leur admissibilité en application de l'alinéa 3(3)a). Selon la juge, les faits suivants se sont tous produits de manière simultanée lorsque le projet de loi C-37 est entré en vigueur :

- M. Kinsel est devenu citoyen à partir de sa date de naissance;
- les appelantes ont acquis le droit à la citoyenneté;
- les appelantes ont été privées de leur droit à la citoyenneté par application de l'alinéa 3(3)a).

[19] La juge a ensuite renvoyé à divers rapports parlementaires et documents de Citoyenneté et Immigration pour conclure que l'alinéa 3(3)a) visait à restreindre la citoyenneté par filiation à la première génération née à l'étranger, sans égard à la question de savoir si le demandeur est né avant 2009. En outre, comme les appelantes n'ont pas soutenu devant la déléguée que l'alinéa 3(3)a) était incompatible avec la *Convention sur la réduction des cas d'apatridie* des Nations Unies, 30 août 1961, [1978] R.T. Can n° 32, la juge a conclu qu'elle n'en tiendrait pas compte dans le cadre de la procédure en contrôle judiciaire. Étant donné que ce moyen ne lui avait pas été soulevé, la juge était d'avis que la déléguée a eu raison de ne pas en tenir compte.

[20] Enfin, la juge a conclu que les appelantes n'avaient pas qualité pour agir aux termes de la Charte pour contester la constitutionnalité de l'alinéa 3(3)a) de la Loi. La juge en a inféré que les appelantes se fondaient sur une prétendue négation du droit de leur père de transmettre sa citoyenneté par filiation. Puisque leur père n'est pas partie à la présente demande, les appelantes n'avaient pas qualité pour se fonder sur la violation alléguée de ses droits. De plus, puisque les appelantes

Canada, as non-citizens they could not avail themselves of the Charter.

[21] For these reasons, the Judge found the delegate's decision was reasonable and the Charter challenge was not well-founded. Accordingly, the Judge dismissed the application for judicial review.

VI. The Issues

[22] In my view, the issues to be determined on this appeal are:

1. What are the applicable standards of review?
2. Does paragraph 3(3)(a) of the Act, as amended by Bill C-37, preclude the appellants from receiving citizenship by descent?
3. If so, do subsections 3(3) and 3(4) of the Act infringe section 15 of the Charter?
4. If subsections 3(3) and 3(4) infringe section 15 of the Charter, is such infringement justified under section 1 of the Charter?

VII. What are the applicable standards of review?

[23] On an appeal from an application for judicial review in the Federal Court, this Court's role is to identify whether the Judge selected the correct standard of review and applied it correctly. In practice, this requires the reviewing court to step into the shoes of the lower court; the focus of this Court is, in effect, on the administrative decision (*Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23, at paragraph 247; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45 and 46).

[24] As set out above, the Judge found that the delegate's interpretation of section 3 of the Act should be reviewed on the standard of reasonableness. In reaching this conclusion, the Judge did not have the benefit of the

n'étaient pas effectivement présentes au Canada, elles ne pouvaient invoquer la Charte en tant que non-citoyennes.

[21] Par ces motifs, la juge a conclu que la décision de la déléguée était raisonnable et que la contestation fondée sur la Charte n'était pas fondée. Par conséquent, la juge a rejeté la demande de contrôle judiciaire.

VI. Les questions en litige

[22] À mon sens, les questions auxquelles la Cour doit répondre en l'espèce sont les suivantes :

1. Quelles sont les normes de contrôle applicables?
2. L'alinéa 3(3)a) de la Loi, modifié par le projet de loi C-37, exclut-il l'obtention par les appelantes de la citoyenneté par filiation?
3. Dans l'affirmative, les paragraphes 3(3) et 3(4) de la Loi sont-ils contraires à l'article 15 de la Charte?
4. Si les paragraphes 3(3) et 3(4) sont contraires à l'article 15 de la Charte, cette violation est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte?

VII. Quelles sont les normes de contrôle applicables?

[23] En matière d'appel d'une décision de la Cour fédérale au terme d'une procédure en contrôle judiciaire, la mission de notre Cour est de rechercher si la juge a choisi la bonne norme de contrôle et l'a appliquée correctement. En pratique, cela oblige la cour réformatrice à se mettre à la place du premier juge; notre Cour se concentre effectivement sur la décision administrative (*Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23, au paragraphe 247; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 et 46).

[24] Comme je l'ai déjà dit, la juge a conclu que l'interprétation que la déléguée a donnée à l'article 3 de la Loi devait être examinée selon la norme de la décision raisonnable. Lorsqu'elle a tiré cette conclusion, la juge

decisions of the Supreme Court in *Agraira* and *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895. Nor did she have the benefit of this Court's decision in *Kandola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 85, [2015] 1 F.C.R. 549. Indeed, *Kandola* was released after the hearing of this appeal. As a result, the parties were afforded the opportunity to make written submissions on the applicability of *Kandola* to this appeal. Those submissions have been received and considered.

[25] As in this appeal, *Kandola* concerned an appeal from the Federal Court on an application for judicial review of a decision. The decision under review was the decision of a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration not to issue a citizenship certificate.

[26] In *Kandola*, this Court carefully considered the effect of *Agraira* upon prior jurisprudence. The Court concluded that as a result of *Agraira*, the determination of the applicable standard of review must begin from the premise that the reasonableness standard applies to the review of a citizenship officer's interpretation of paragraph 3(1)(b) of the Act. I agree, for the reasons given by the Court in *Kandola*, at paragraphs 30 to 42. For the same reasons, I conclude that the presumption of reasonableness review applies to the delegate's interpretation of subsection 3(3) of the Act as well.

[27] However, the analysis does not end there as it is necessary to consider whether the presumption of reasonableness review is rebutted.

[28] In *Kandola*, the Court found this presumption could be quickly rebutted for a number of reasons, including the following:

- The absence of a privative clause.
- The nature of the question; namely, a pure question of statutory interpretation.

n'a pu bénéficier de la jurisprudence de la Cour suprême : *Agraira* et *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895. Elle n'a pas pu bénéficier non plus de la jurisprudence *Kandola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 85, [2015] 1 R.C.F. 549, de notre Cour. En effet, l'arrêt *Kandola* a été rendu après l'audition du présent appel. Par conséquent, les parties ont eu la possibilité de présenter des observations écrites sur la pertinence de la jurisprudence *Kandola* en l'espèce. Ces observations ont été reçues et examinées.

[25] Comme en l'espèce, l'affaire *Kandola* concernait l'appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale rendue aux termes d'une procédure en contrôle judiciaire. La décision attaquée était le refus d'un délégué du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de délivrer un certificat de citoyenneté.

[26] À l'occasion de l'affaire *Kandola*, notre Cour a examiné attentivement l'incidence de la jurisprudence *Agraira* sur la jurisprudence antérieure. La Cour a conclu qu'en raison de la jurisprudence *Agraira*, la détermination de la norme de contrôle applicable doit partir du principe selon lequel la norme de la décision raisonnable joue en ce qui concerne l'interprétation de l'alinéa 3(1)b) de la Loi par l'agent de citoyenneté. Je retiens cette thèse, suivant les motifs donnés par notre Cour par l'arrêt *Kandola*, aux paragraphes 30 à 42. Pour les mêmes raisons, je conclus que la présomption selon laquelle joue la norme de la décision raisonnable vaut aussi quant à l'interprétation du paragraphe 3(3) de la Loi par le délégué.

[27] Cependant, l'analyse ne s'arrête pas là puisqu'il est nécessaire de rechercher si cette présomption selon laquelle joue la norme de la décision raisonnable est réfutée.

[28] À l'occasion de l'affaire *Kandola*, la Cour a conclu que cette présomption pouvait être aisément réfutée pour de nombreuses raisons, dont les suivantes :

- L'absence d'une clause privative.
- La nature de la question; à savoir une pure question d'interprétation de la loi.

- The absence of any discretionary element in the decision.
- The absence of anything in the structure or scheme of the Act suggestive of the notion that deference should be accorded to the delegate on the question he or she had to decide.

[29] These factors are also present in this case.

[30] On the basis of *Kandola*, I am satisfied the presumption of reasonableness has been rebutted. The delegate's interpretation of the Act should be reviewed on the standard of correctness.

[31] In the event I am wrong in this conclusion and, as the Attorney General submits, *Kandola* should be distinguished, I rely upon the decision of the Supreme Court in *McLean*.

[32] In *McLean*, the Supreme Court considered the standard of review to be applied to a securities commission's interpretation of a limitation period contained in its home statute. Justice Moldaver (writing for the majority) observed that where the ordinary tools of statutory interpretation lead to a single reasonable interpretation and the administrative decision maker adopts a different interpretation, that interpretation will of necessity be unreasonable (*McLean*, paragraph 38).

[33] For reasons developed below, I have conducted the required textual, contextual and purposive analysis of the relevant legislation. I am satisfied that there is only one reasonable interpretation of the legislation.

[34] It follows that whether as a result of the rebuttal of the presumption of reasonableness, or as a result of the fact that there is only a single reasonable interpretation, this Court must interpret the relevant legislation and verify that the delegate's interpretation is consistent with that interpretation.

- L'absence d'un élément discrétionnaire dans la décision.

- L'absence de tout élément dans la structure ou l'esprit de la Loi dont il ressort que la Cour doit faire preuve de retenue à l'égard de la décision du délégué sur une telle question.

[29] Ces facteurs sont également réunis en l'espèce.

[30] Sur le fondement de la jurisprudence *Kandola*, je conclus que la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable a été réfutée. L'interprétation de la Loi par la déléguée doit être examinée selon la norme de la décision correcte.

[31] Si ma conclusion est erronée et que, comme le soutient le procureur général, il faut opérer une distinction avec les faits de l'affaire *Kandola*, je m'appuie sur la jurisprudence *McLean* de la Cour suprême.

[32] À l'occasion de l'affaire *McLean*, la Cour suprême a examiné la norme de contrôle à appliquer à l'interprétation, par une commission des valeurs mobilières, d'un délai prévu dans sa loi constitutive. Le juge Moldaver (s'exprimant au nom de la majorité) a observé que lorsque les méthodes habituelles d'interprétation législative aboutissent à une seule interprétation raisonnable et que le décideur administratif en retient une autre, celle-ci sera nécessairement déraisonnable (*McLean*, paragraphe 38).

[33] Par les motifs que j'exposerai plus loin, j'ai effectué l'analyse textuelle, contextuelle et téléologique requise du droit applicable. Je conclus qu'une seule interprétation raisonnable du droit applicable est possible.

[34] Par conséquent, soit par suite de la réfutation de la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable, soit par suite du fait qu'une seule interprétation raisonnable est possible, notre Cour doit interpréter le droit applicable et vérifier que l'interprétation de la déléguée est conforme à cette interprétation.

VIII. Does paragraph 3(3)(a) of the Act, as amended by Bill C-37, preclude the appellants from receiving citizenship by descent?

A. Applicable principles of statutory interpretation

[35] Whether the delegate's decision was correct depends on the interpretation of paragraph 3(3)(a) and subsection 3(4) of the Act.

[36] The parties do not take issue with the applicable principles of statutory interpretation.

[37] The Supreme Court has expressed the preferred approach to statutory interpretation in the following terms (see: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21. See also: *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867, at paragraph 28):

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.

[38] The Supreme Court restated this principle in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, adding at paragraph 10:

The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

[39] Inherent in the preferred approach to statutory interpretation is the understanding that the grammatical and ordinary sense of a provision is not determinative of its meaning. A court must consider the total context of the provision at issue "no matter how plain the

VIII. L'alinéa 3(3)a) de la Loi, modifié par le projet de loi C-37, exclut-il l'obtention par les appelantes de la citoyenneté par filiation?

A. Principes d'interprétation législative applicables

[35] La question de savoir si la décision de la déléguée était correcte repose sur l'interprétation de l'alinéa 3(3)a) et du paragraphe 3(4) de la Loi.

[36] Les principes d'interprétation des lois ne sont pas controversés entre les parties.

[37] La Cour suprême a formulé la méthode privilégiée pour interpréter la loi dans les termes suivants (voir : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21. Voir également *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867, au paragraphe 28) :

[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.

[38] La Cour suprême a reformulé ce principe à l'occasion de l'affaire *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, ajoutant au paragraphe 10 :

L'interprétation d'une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d'une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d'un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L'incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l'objet sur le processus d'interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d'une loi comme formant un tout harmonieux.

[39] La méthode privilégiée d'interprétation des lois suppose que le sens grammatical et ordinaire d'une disposition n'en détermine pas nécessairement le sens. Le juge doit tenir compte du contexte global de la disposition en cause « même si, à première vue, le sens de

disposition may seem upon initial reading” (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at paragraph 48). From the text and this wider context the interpreting court aims to ascertain legislative intent, “[t]he most significant element of this analysis” (*R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, at paragraph 26).

B. Application of the principles of statutory interpretation

[40] I next turn to consider the required textual, contextual and purposive analysis needed to determine whether the delegate’s interpretation of the Act was correct.

(i) Textual analysis

[41] Upon the coming into force of Bill C-37, Canadian citizenship was restored to the appellants’ paternal grandmother (pursuant to paragraph 3(1)(f) of the Act). The restoration was retroactive to the date she lost her citizenship (paragraph 3(7)(d)). The effect of this was to deem Mr. Kinsel’s mother to be a Canadian citizen at the time of his birth.

[42] As a result, upon the coming into force of Bill C-37, Canadian citizenship was also granted to Mr. Kinsel (paragraph 3(1)(g)). This grant was retroactive from the time Mr. Kinsel was born (paragraph 3(7)(e)).

[43] Paragraph 3(1)(b) of the Act is a long-standing provision which confers citizenship by descent. A person is a citizen of Canada if that person was born outside of Canada after February 14, 1977, and at the time of his birth one of his parents was a Canadian citizen. The appellants rely upon this provision to argue that because their father is now deemed to be a Canadian citizen from the time of his birth, they are Canadian citizens.

[44] In my respectful view, this ignores the effect of paragraph 3(3)(a) of the Act which came into force with the passing of Bill C-37. I repeat paragraph 3(3)(a) for ease of reference:

son libellé peut paraître évident » (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, au paragraphe 48). À partir du texte et du contexte dans lequel il s’insère, le tribunal qui interprète une disposition cherche à déterminer l’intention du législateur, « [l]’élément le plus important de cette analyse » (*R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, au paragraphe 26).

B. Application des principes de l’interprétation des lois

[40] Je me penche maintenant sur l’analyse textuelle, contextuelle et téléologique requise pour rechercher si l’interprétation de la Loi par la déléguée était correcte.

i) Analyse textuelle

[41] Dès l’entrée en vigueur du projet de loi C-37, la citoyenneté canadienne a été rendue à la grand-mère paternelle des appelantes (conformément à l’alinéa 3(1)f) de la Loi). Cette réintégration était rétroactive à partir de la date où elle a perdu sa citoyenneté (alinéa 3(7)d)). Ainsi, la mère de M. Kinsel était réputée citoyenne canadienne à partir de sa naissance.

[42] Par conséquent, à l’entrée en vigueur du projet de loi C-37, la citoyenneté canadienne a également été accordée à M. Kinsel (alinéa 3(1)g)). Il a obtenu la citoyenneté rétroactivement à partir de sa date de naissance (alinéa 3(7)e)).

[43] L’alinéa 3(1)b) de la Loi est une disposition en vigueur depuis longtemps; elle confère la citoyenneté par filiation. L’on est citoyen canadien si l’on est né à l’étranger après le 14 février 1977 et si, au moment de la naissance, un des parents était citoyen canadien. Les appelantes s’appuient sur cette disposition pour faire valoir que comme leur père est désormais réputé citoyen canadien à partir de sa naissance, elles ont qualité de citoyen canadien.

[44] À mon humble avis, les appelantes ignorent l’effet de l’alinéa 3(3)a) de la Loi, qui est entré en vigueur avec l’adoption du projet de loi C-37. Je répète l’alinéa 3(3)a) par souci de commodité :

3. ...

Not applicable
— after first
generation

(3) Subsection (1) does not apply to a person born outside Canada

(a) if, at the time of his or her birth or adoption, only one of the person's parents is a citizen and that parent is a citizen under paragraph (1)(b), (c.1), (e), (g) or (h), or both of the person's parents are citizens under any of those paragraphs; or

[45] In my view, the text of paragraph 3(3)(a) is unambiguous. Mr. Kinsel became a Canadian citizen by operation of paragraph 3(1)(g). At the time of their births, the appellants' mother was not a Canadian citizen. Paragraph 3(3)(a) of the Act operates to limit the grant of citizenship by descent to the first generation born outside of Canada to a Canadian parent. This limitation applies to the appellants.

[46] The appellants argue that subsection 3(4) of the Act removes them from the application of paragraph 3(3)(a). Again, for ease of reference, subsection 3(4) provides:

3. ...

Exception
— transi-
tional
provision

(4) Subsection (3) does not apply to a person who, on the coming into force of that subsection, is a citizen.

[47] I reject the appellants' argument. In my view, for the reasons that follow, subsection 3(4) does not apply to the appellants.

[48] I begin from the premise that prior to the coming into force of Bill C-37 the appellants were not Canadian citizens. For that reason, subsection 3(4) does not apply to them.

[49] It is significant that paragraph 3(3)(a) of the Act includes both paragraphs 3(1)(b) and 3(1)(g) as categories of parentage that are only able to bestow Canadian citizenship on the first generation of progeny born outside of Canada.

3. [...]

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la personne née à l'étranger dont, selon le cas :

a) au moment de la naissance ou de l'adoption, seul le père ou la mère a qualité de citoyen, et ce, au titre de l'un des alinéas (1)b), c.1), e), g) et h), ou les deux parents ont cette qualité au titre de l'un de ces alinéas;

Inapplicabi-
lité après la
première
génération

[45] À mon sens, le libellé de l'alinéa 3(3)a) est sans équivoque. M. Kinsel est devenu citoyen canadien par application de l'alinéa 3(1)g). À la naissance des appelantes, leur mère n'était pas citoyenne canadienne. L'alinéa 3(3)a) de la Loi s'applique pour restreindre la citoyenneté par filiation à la première génération née à l'étranger d'un parent canadien. Cette restriction vise les appelantes.

[46] Les appelantes soutiennent que le paragraphe 3(4) de la Loi les soustrait à l'application de l'alinéa 3(3)a). Là encore, par souci de commodité, le paragraphe 3(4) dispose :

3. [...]

(4) Le paragraphe (3) ne s'applique pas à la personne qui, à la date d'entrée en vigueur de ce paragraphe, a qualité de citoyen.

Exception
— disposi-
tion
transitoire

[47] Je rejette la thèse des appelantes. À mon avis, par les motifs qui suivent, le paragraphe 3(4) ne vise pas les appelantes.

[48] Je pars du principe qu'avant l'entrée en vigueur du projet de loi C-37, les appelantes n'étaient pas citoyennes canadiennes. Pour cette raison, elles ne sont pas visées par le paragraphe 3(4).

[49] Il est important de souligner que l'alinéa 3(3)a) de la Loi porte que les alinéas 3(1)b) et 3(1)g) visent tous deux des catégories de parents qui peuvent uniquement conférer la citoyenneté canadienne à la première génération de progéniture née à l'étranger.

[50] Unlike paragraph 3(1)(g), paragraph 3(1)(b) has been in effect for many years. Paragraph 3(1)(g), and subsections 3(4) and 3(7) came into effect as part of Bill C-37. The result of this legislative scheme is that a child could not obtain Canadian citizenship by descent from a parent whose citizenship depended upon paragraph 3(1)(g) until after Canadian citizenship was granted to that parent. It follows that such a child's claim to citizenship under paragraph 3(1)(b) could only arise after the coming into force of Bill C-37. Put another way, notwithstanding the retroactive grant of citizenship to their father, the appellants could not have been citizens before Bill C-37 came into effect. They, therefore, fall within paragraph 3(3)(a) of the Act.

[51] Contrary to the appellants' submissions, by enacting subsection 3(4) Parliament intended to protect the vested rights of individuals who were already citizens when Bill C-37 came into force.

[52] It follows that I agree with the Judge's interpretation of the temporal effect of Bill C-37, as described at paragraph 18 above.

[53] In my view, the text of the relevant portions of section 3 considered above are precise and free of ambiguity. Therefore, their ordinary meaning should play a dominant role in the interpretive process. They support the delegate's conclusion that subsection 3(3) of the Act, as amended by Bill C-37, limits citizenship by descent to the first generation of progeny born outside of Canada.

[54] I next consider the relevant contextual factors.

(ii) Contextual analysis

[55] The appellants rely upon two other provisions of the Act as providing relevant context for the proper interpretation of paragraph 3(3)(a) and subsection 3(4) of the Act: subsection 5(5) and section 6.

[50] Contrairement à l'alinéa 3(1)(g), l'alinéa 3(1)(b) est en vigueur depuis de nombreuses années. L'alinéa 3(1)(g) et les paragraphes 3(4) et 3(7) sont entrés en vigueur par l'adoption du projet de loi C-37. En raison de ce régime législatif, un enfant ne pouvait obtenir la citoyenneté canadienne par filiation d'un parent dont la citoyenneté dépendait de l'alinéa 3(1)(g) avant que la citoyenneté canadienne ne soit accordée à ce parent. Il s'ensuit que la demande de citoyenneté de cet enfant fondée sur l'alinéa 3(1)(b) ne pouvait être présentée après l'entrée en vigueur du projet de loi C-37. Autrement dit, malgré l'attribution rétroactive de la citoyenneté à leur père, les appelantes n'auraient pas pu être citoyennes avant l'entrée en vigueur du projet de loi C-37. Par conséquent, elles sont visées par l'alinéa 3(3)(a) de la Loi.

[51] Contrairement à ce que soutiennent les appelantes, en édictant le paragraphe 3(4), le législateur avait l'intention de protéger les droits acquis des personnes qui étaient déjà citoyennes lorsque le projet de loi C-37 est entré en vigueur.

[52] Il s'ensuit que je souscris à l'interprétation qu'a donnée la juge à l'effet temporel du projet de loi C-37, tel qu'il est exposé au paragraphe 18 ci-dessus.

[53] À mon sens, le libellé des parties pertinentes de l'article 3 examinées plus haut est précis et sans équivoque. Par conséquent, le sens ordinaire de ces parties doit jouer un rôle dominant dans le processus d'interprétation. Elles vont dans le sens de la conclusion de la déléguée selon laquelle le paragraphe 3(3) de la Loi, tel qu'il a été modifié par le projet de loi C-37, restreint la citoyenneté par filiation à la première génération de progéniture née à l'étranger.

[54] Je me penche maintenant sur les facteurs contextuels pertinents.

ii) Analyse contextuelle

[55] Les appelantes se fondent sur deux autres dispositions de la Loi, signalant qu'elles fournissent un contexte pertinent relativement à l'interprétation qu'il convient de donner à l'alinéa 3(3)(a) et au paragraphe 3(4) de la Loi : le paragraphe 5(5) et l'article 6.

[56] Subsection 5(5) states:

5. ...

Stateless-
ness
— bloodline
connection

(5) The Minister shall, on application, grant citizenship to a person who

(a) is born outside Canada after the coming into force of this subsection;

(b) has a birth parent who was a citizen at the time of the birth;

(c) is less than 23 years of age;

(d) has resided in Canada for at least three years during the four years immediately before the date of his or her application;

(e) has always been stateless; and

(f) has not been convicted of any of the following offences: [Emphasis added.]

[57] The appellants argue that subsection 5(5) provides for the protection of stateless persons only if they are born after Bill C-37 came into effect on April 17, 2009. They assert that, properly interpreted, Bill C-37 did not require protection for stateless persons born on or before the coming into force of the Bill because the Bill granted citizenship to second generation Canadians born abroad. Thus, the delegate's alleged misinterpretation of the Act is said to re-create the risk of statelessness because second-generation Canadians born abroad are denied citizenship.

[58] This argument must fail. The appellants have not shown that subsection 5(5) fails to satisfy Canada's obligations as a signatory to the *Convention on the Reduction of Statelessness* if it only applies to those children born after April 17, 2009. In particular, they have not shown why Canada was obliged as a signatory to provide such protection with retroactive effect.

[56] Le paragraphe 5(5) dispose :

5. [...]

(5) Le ministre attribue, sur demande, la citoyenneté à quiconque remplit les conditions suivantes :

a) il est né à l'étranger après l'entrée en vigueur du présent paragraphe;

b) l'un de ses parents naturels avait qualité de citoyen au moment de sa naissance;

c) il est âgé de moins de vingt-trois ans;

d) il a résidé au Canada pendant au moins trois ans au cours des quatre ans précédant la date de sa demande;

e) il a toujours été apatride;

f) il n'a jamais été déclaré coupable de l'une des infractions suivantes : [Non souligné dans l'original.]

Apatrie :
droit de sang

[57] Les appelantes soutiennent que le paragraphe 5(5) assure la protection des personnes apatrides seulement si elles sont nées après l'entrée en vigueur du projet de loi C-37 le 17 avril 2009. Elles soutiennent que, interprété correctement, le projet de loi C-37 n'exigeait pas une protection pour les personnes apatrides nées le jour de l'entrée en vigueur, ou auparavant, du projet de loi parce qu'il accordait la citoyenneté à la deuxième génération de Canadiens nés à l'étranger. Ainsi, les appelantes allèguent que l'interprétation erronée de la Loi par la déléguée pose de nouveau le risque d'apatridie parce que l'on refuse d'accorder la citoyenneté aux Canadiens de deuxième génération nés à l'étranger.

[58] Cette thèse doit être rejetée. Les appelantes n'ont pas démontré que le paragraphe 5(5) ne répond pas aux obligations du Canada en tant que signataire de la *Convention sur la réduction des cas d'apatridie* s'il ne vise que les enfants nés après le 17 avril 2009. En particulier, elles n'ont pas démontré pourquoi le Canada était tenu en tant que signataire d'offrir une telle protection avec effet rétroactif.

[59] The second provision relied upon by the appellants is section 6 of the Act:

Rights and obligations

6. A citizen, whether or not born in Canada, is entitled to all rights, powers and privileges and is subject to all obligations, duties and liabilities to which a person who is a citizen under paragraph 3(1)(a) is entitled or subject and has a like status to that of such person. [Emphasis added.]

[60] The appellants say that the delegate's interpretation violates this provision of the Act by denying their father the right, by virtue of his status as a Canadian citizen, to confer citizenship on the appellants. I agree this is a valid contextual factor to be weighed against the text and purpose of the legislation.

[61] There is also a third relevant contextual factor: the clause-by-clause analysis which accompanied Bill C-37 (appeal book, Vol. 2, at page 243). In respect of paragraph 3(3)(a) of the Bill, the clause-by-clause analysis explained that subsection 3(3) limits citizenship to the first generation born to a Canadian parent abroad. Persons born outside Canada do not acquire citizenship by descent if their parent was also born abroad.

[62] In respect of subsection 3(4) of the Bill, the clause-by-clause analysis advised that the subsection clarified that, notwithstanding subsection 3(3), no one would lose their Canadian citizenship on the coming into force of the Bill, even if they were the second or subsequent generation born abroad. This applies to protect second or subsequent generations of Canadians who held Canadian citizenship prior to the coming into force of Bill C-37.

[63] The clause-by-clause analysis is a relevant contextual factor that supports the interpretation reached under the textual analysis.

[64] Further, prior to the enactment of Bill C-37, a child born outside of Canada to a Canadian citizen after February 14, 1977 was entitled to citizenship. However,

[59] La deuxième disposition sur laquelle se fondent les appelantes est l'article 6 de la Loi :

Droits et obligations

6. Tout citoyen, qu'il soit né ou non au Canada, jouit des droits, pouvoirs et avantages conférés aux citoyens qui ont cette qualité aux termes de l'alinéa 3(1)a); il est assujéti aux mêmes devoirs, obligations et responsabilités, et son statut est le même. [Non souligné dans l'original.]

[60] Les appelantes soutiennent que l'interprétation de la déléguée est contraire à cette disposition de la Loi puisqu'elle prive leur père du droit, en vertu de son statut de citoyen canadien, de leur transmettre la citoyenneté. Je conviens qu'il s'agit d'un facteur contextuel qu'il convient de soupeser en fonction du libellé et de l'objectif de la loi.

[61] Il convient également d'examiner un troisième facteur contextuel : l'analyse article par article qui accompagne le projet de loi C-37 (dossier d'appel, vol. 2, à la page 243). En ce qui concerne l'alinéa 3(3)a) du projet de loi, l'analyse article par article expliquait que le paragraphe 3(3) restreint la citoyenneté à la première génération née d'un parent canadien né à l'étranger. Les personnes nées à l'extérieur du Canada n'acquièrent pas la citoyenneté par filiation si leur parent est également né à l'étranger.

[62] S'agissant du paragraphe 3(4) du projet de loi, il était observé dans l'analyse article par article que ce paragraphe précisait que, nonobstant le paragraphe 3(3), personne ne perdrait sa citoyenneté canadienne à l'entrée en vigueur du projet de loi, même si elle faisait partie de la deuxième génération ou d'une génération subséquente née à l'étranger. Ce paragraphe visait à protéger la deuxième génération ou les générations subséquentes de Canadiens qui avaient la citoyenneté avant l'entrée en vigueur du projet de loi C-37.

[63] L'analyse article par article est un facteur contextuel pertinent qui va dans le sens de l'interprétation résultant de l'analyse textuelle.

[64] En outre, avant l'édition du projet de loi C-37, l'enfant né à l'étranger d'un citoyen canadien après le 14 février 1977 avait droit à la citoyenneté. Toutefois,

such a child lost their citizenship on attaining the age of 28 unless the child:

- a. applied to retain his citizenship; and
- b. registered as a citizen and either resided in Canada for at least one year immediately preceding the date of his application, or established a substantial connection with Canada.

[65] Subsection 3(4) was intended to protect such second or subsequent generation Canadians born abroad who already had Canadian citizenship from losing it on the coming into force of Bill C-37.

[66] In my view, interpreting paragraph 3(3)(a) of the Act to limit citizenship by descent to the first generation of progeny born abroad when a parent holds citizenship under paragraph 3(1)(g) is consistent with the preponderance of the contextual factors.

[67] I next turn to the purposive analysis.

(iii) Purposive analysis

[68] The genesis of Bill C-37 was a report prepared by the House of Commons Standing Committee on Citizenship and Immigration entitled “*Reclaiming Citizenship for Canadians: A Report on the Loss of Canadian Citizenship*”.

[69] The Report contained a number of recommendations. Recommendation 4 urged that the Act be amended to provide that the following three classes of persons are Canadian citizens:

- Anyone who was born in Canada at any time, retroactive to the date of their birth. The only exceptions contemplated were for those persons born in Canada to an accredited foreign diplomat, and those persons who later renounced their citizenship as an adult.

cet enfant perdait sa citoyenneté à l’âge de 28 ans, à moins :

- a. de présenter une demande pour conserver sa citoyenneté;
- b. d’être reconnu comme citoyen et soit de résider au Canada pour au moins une année précédant immédiatement la date de sa demande, soit d’établir un lien substantiel avec le Canada.

[65] Le paragraphe 3(4) visait à empêcher que les Canadiens de deuxième génération ou de générations subséquentes nés à l’étranger ayant déjà la citoyenneté canadienne ne la perdent à l’entrée en vigueur du projet de loi C-37.

[66] À mon avis, interpréter l’alinéa 3(3)a) de la Loi de façon à restreindre la citoyenneté par filiation à la première génération de progéniture née à l’étranger lorsqu’un parent possède la citoyenneté en vertu de l’alinéa 3(1)g) est conforme à la prépondérance des facteurs contextuels.

[67] Je me penche maintenant sur l’analyse téléologique.

iii) Analyse téléologique

[68] L’origine du projet de loi C-37 est le rapport préparé par le Comité permanent de la citoyenneté et l’immigration de la Chambre des communes intitulé « *Recouvrer sa citoyenneté : un rapport sur la perte de la citoyenneté canadienne* ».

[69] Ce rapport comportait un certain nombre de recommandations. La recommandation n° 4 visait à modifier la Loi de manière à ce qu’elle établisse que les trois catégories de personnes suivantes sont des citoyens canadiens :

- Quiconque est né au Canada, rétroactivement à compter de la date de sa naissance. Les seules exceptions visaient les enfants d’un diplomate étranger accrédité et les personnes qui, une fois adultes, ont renoncé à la citoyenneté canadienne.

- Anyone who was born abroad at any time to a Canadian mother or father, retroactive to the date of their birth, if they are the first generation born abroad. The only exception contemplated was for those persons who later renounced their citizenship as an adult.
- Anyone who became a naturalized Canadian citizen at any time. The only exceptions contemplated were for those who renounced their citizenship as an adult, and those who obtained their citizenship by false representation, fraud, or knowingly concealing material circumstances.
- Quiconque est né à l'étranger d'une mère canadienne ou d'un père canadien, rétroactivement à compter de la date de sa naissance, s'il s'agit de la première génération née à l'étranger. Les seules exceptions visaient les personnes qui, une fois adultes, ont renoncé à la citoyenneté canadienne.
- Quiconque a acquis la citoyenneté canadienne par naturalisation. Les seules exceptions visaient les personnes qui, une fois adultes, ont renoncé à la citoyenneté canadienne et celles qui ont acquis la citoyenneté canadienne par fausse déclaration, fraude ou dissimulation intentionnelle de faits importants.

[70] To the extent Bill C-37 flowed from the Report of the Standing Committee, this recommendation reflects that one purpose of Bill C-37 was to grant Canadian citizenship to those born in Canada who lost their citizenship (other than by renunciation) and to allow those formerly lost Canadian citizens to confer Canadian citizenship on their foreign born progeny, if the progeny was the first generation born abroad. The first generation born abroad were not to be able to bestow Canadian citizenship on their foreign born children.

[70] Dans la mesure où le projet de loi C-37 est issu du rapport du Comité permanent, il ressort de cette recommandation que l'un des objectifs du projet de loi C-37 était d'accorder la citoyenneté canadienne aux personnes nées au Canada qui ont perdu leur citoyenneté (autrement que par renonciation) et de permettre aux Canadiens anciennement dépossédés de leur citoyenneté de transmettre la citoyenneté canadienne à leur progéniture née à l'étranger, pour autant que la progéniture fasse partie de la première génération née à l'étranger. La première génération née à l'étranger n'était pas habilitée à transmettre la citoyenneté canadienne à leurs enfants nés à l'étranger.

[71] A second, more relevant statement of legislative purpose is found in the Legislative Summary [LS-591E] prepared by the Library of Parliament, Parliamentary Information and Research Service in respect of Bill C-37 (appeal book, Vol. 1, at page 197). Under the heading "Description and Analysis", the Summary noted [at page 7]:

[71] Un deuxième énoncé de l'objectif de la loi, plus pertinent, se trouve dans le résumé législatif [LS-591F] préparé par le Service d'information et de recherche parlementaires de la Bibliothèque du Parlement concernant le projet de loi C-37 (dossier d'appel, vol. 1, à la page 197). Sous l'intertitre « Description et analyse », il est observé [à la page 7] :

Bill C-37 amends the *Citizenship Act* in four main ways. It adds five new situations to the list defining who is a citizen. It provides for retroactive application of these new citizenship provisions. It precludes Canadians from passing down Canadian citizenship to their offspring born abroad after one generation. And it provides some relief for the stateless offspring of Canadians. Other provisions of Bill C-37 address various technical or housekeeping matters, including coordinating the coming into force of Bill C-37 with an Act adopted in June 2007 amending the *Citizenship Act* in relation to foreign adoptions. [Footnote omitted.]

Le projet de loi C-37 modifie la [*Loi sur la citoyenneté*] de quatre façons. Cinq autres situations s'ajoutent aux paramètres utilisés pour déterminer qui est citoyen. Les nouvelles dispositions s'appliquent de façon rétroactive et empêchent les Canadiens de transmettre la citoyenneté canadienne à leurs descendants de la deuxième génération ou des générations subséquentes qui sont nés à l'étranger. D'autres dispositions du projet de loi couvrent divers aspects techniques ou administratifs, dont la nécessité de coordonner l'entrée en vigueur du projet de loi avec une loi adoptée en juin 2007 qui modifie la [*Loi sur la citoyenneté*] et qui touche l'adoption à l'étranger. [Note en bas de page omise.]

[72] Under the heading “Citizenship by Descent Limited to First Generation”, the Summary stated [at page 10] that “Bill C-37 precludes citizens from passing citizenship down to their children born abroad after one generation”.

[73] The delegate’s interpretation of the effect of Bill C-37 is consistent with these statements of purpose.

[74] At the very least, there is nothing in the purpose to suggest Parliament intended to exempt second generation descendants like the appellants from the one generation rule when they only received Canadian citizenship on the coming into force of Bill C-37.

[75] The appellants argue that the objects of Bill C-37 included the desire to solve the “lost Canadian” problem by restoring citizenship retroactively and to satisfy Canada’s international obligations as a signatory to the *Convention on the Reduction of Statelessness*. They argue their interpretation is consistent with these objects.

[76] In support of the first object and the appellants’ argument that they are entitled to citizenship because subsequent to the time of their births, their father was granted Canadian citizenship retroactive to the time of his birth, they rely upon a passage of the Summary found in appeal book, Vol. 1, at page 198 under the heading “Retroactive Application of Citizenship Provisions”.

[77] In my view, the appellants take the passage out of context. It contains a general statement as to why lost citizens required retroactive grants of citizenship. The Summary later clarified in significant detail that there was a one generation limit to grants of citizenship by descent to children born abroad.

[78] I have already dealt with the appellants’ argument based upon the *Convention on the Reduction of Statelessness*.

[72] Sous l’intertitre « Acquisition de la citoyenneté par filiation, limitée à la première génération », il est indiqué [à la page 10] qu’« [a]ux termes du projet de loi, les citoyens ne peuvent transmettre la citoyenneté à leurs enfants de la deuxième génération ou des générations subséquentes nés à l’étranger ».

[73] L’interprétation par la déléguée de l’effet du projet de loi C-37 est conforme à ces énoncés de l’objectif de la loi.

[74] À tout le moins, rien dans l’objectif ne tend à indiquer que le législateur avait l’intention de soustraire les descendants de deuxième génération, comme les appelantes, à la règle de la première génération lorsqu’ils ont reçu la citoyenneté canadienne seulement à l’entrée en vigueur du projet de loi C-37.

[75] Les appelantes font valoir que le projet de loi C-37 avait notamment pour objectif de régler le problème des « Canadiens dépossédés » en rétablissant la citoyenneté rétroactivement et de répondre aux obligations internationales du Canada en tant que signataire de la *Convention sur la réduction des cas d’apatridie*. Elles soutiennent que leur interprétation est conforme à ces objectifs.

[76] À l’appui du premier objectif et de l’argument des appelantes selon lequel elles ont droit à la citoyenneté parce qu’après leur naissance, leur père a reçu la citoyenneté canadienne rétroactivement à partir de sa naissance, elles se fondent sur un passage du résumé figurant dans le dossier d’appel, vol. 1, à la page 198, sous l’intertitre « Application rétroactive des dispositions afférentes à la citoyenneté ».

[77] À mon sens, les appelantes interprètent ce passage en faisant abstraction du contexte. Il contient une déclaration générale expliquant pourquoi les citoyens dépossédés devaient obtenir la citoyenneté rétroactivement. Le résumé, très circonstancié, précise plus loin que la transmission de la citoyenneté par filiation aux enfants nés à l’étranger se limite à une génération.

[78] Je me suis déjà penchée sur l’argument des appelantes fondé sur la *Convention sur la réduction des cas d’apatridie*.

[79] The appellants also point to documents generated by Citizenship and Immigration Canada, such as Operational Bulletin 102 [“Implementation of Bill C-37, an *Act to Amend the Citizenship Act*”, February 26, 2009 (expired)], that are said to contain passages which support their interpretation of the legislation. They submit that these passages should be taken as binding admissions against interest made by the Minister.

[80] I reject this submission for the following reason. Assuming, without deciding, that there are passages in Citizenship and Immigration Canada documents that support the appellants’ position, it is well-established in the jurisprudence that such documents do not bind a court.

[81] For these reasons, interpreting paragraph 3(3)(a) of the Act to limit citizenship by descent to the first generation born abroad to Canadian citizens is consistent with the purpose of the legislation.

(iv) Conclusion of statutory interpretation analysis

[82] Having conducted the required textual, contextual and purposive analysis I am satisfied the delegate’s interpretation of the legislation was either correct or, alternatively, the only reasonable interpretation. In any event, because the delegate’s decision meets the higher standard of correctness, the standard of review applied does not affect the outcome of the appeal.

[83] It is, therefore, necessary to consider the arguments advanced by the appellants pursuant to section 15 of the Charter.

IX. Do subsections 3(3) and 3(4) of the Act infringe section 15 of the Charter?

[84] As described above, the Judge dismissed the Charter arguments on the basis that the appellants lacked standing to challenge the alleged unconstitutionality of the legislation.

[79] Les appelantes attirent également l’attention sur des documents préparés par Citoyenneté et Immigration Canada, comme le Bulletin opérationnel 102 [« Mise en œuvre du projet de loi C-37, *Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté* », 26 février 2009 (désuet)], qui comporteraient des passages qui vont dans le sens de leur interprétation de la loi. Elles soutiennent que ces passages doivent être assimilés à des aveux contre intérêt faits qui lient le ministre.

[80] Je rejette cette thèse pour la raison suivante. À supposer, sans que je me prononce sur ce point, que des passages dans les documents de Citoyenneté et Immigration Canada aillent dans le sens de la thèse des appelantes, la jurisprudence enseigne clairement que pareils documents ne lient pas le juge.

[81] Pour ces raisons, interpréter l’alinéa 3(3)a) de la Loi de façon à restreindre la citoyenneté par filiation à la première génération née à l’étranger d’un parent ayant qualité de citoyen est conforme à l’objectif de la loi.

iv) Conclusion sur l’analyse de l’interprétation de la loi

[82] Ayant effectué l’analyse textuelle, contextuelle et téléologique, je conclus que l’interprétation de la loi par la déléguée était correcte ou, subsidiairement, constituait la seule interprétation raisonnable. De toute manière, puisque la décision de la déléguée répond à la norme la plus élevée de la décision correcte, la norme de contrôle appliquée n’a aucune incidence sur l’issue de l’appel.

[83] Par conséquent, il est nécessaire d’examiner les moyens tirés par les appelantes de l’article 15 de la Charte.

IX. Les paragraphes 3(3) et 3(4) de la Loi sont-ils contraires à l’article 15 de la Charte?

[84] Comme je l’ai déjà dit, la juge a rejeté les moyens tirés de la Charte au motif que les appelantes n’avaient pas qualité pour contester la constitutionnalité de la loi.

[85] Both in their written and oral submissions, the appellants and the respondent advanced arguments on the issues of standing, as well as the application of sections 15 and 1 of the Charter. For the following reasons, I prefer to deal with the merits of the appellants' contention that the subsections 3(3) and 3(4) infringe section 15 of the Charter.

[86] First, in my respectful view, the appellants' argument concerning the territorial application of the Charter was not well developed. This is an important issue that required fuller submissions, tied to all of the relevant jurisprudence.

[87] Second, it is a serious matter to invoke the Charter to challenge the validity of legislation enacted by Parliament. The important Canadian rights and freedoms enshrined in the Charter should not be devalued by ill-considered challenges devoid of a proper evidentiary foundation. For the two reasons that follow, I conclude that this is such a challenge.

[88] First, the appellants' Charter argument is not clearly articulated. The submissions may be described as sketchy, contained in 6 paragraphs of a 91 paragraph memorandum of fact and law.

[89] The analogous ground proffered by the appellants is dual citizenship. They argue that individual Canadians, such as their grandmother and father, historically found themselves discriminated against as being somehow suspect, less worthy members of society because they wanted or needed to be citizens of more than one country.

[90] However, in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, the Supreme Court discussed the criteria by which a ground of a distinction is identified as being analogous to an enumerated ground. In the Court's view, section 15 of the Charter "targets the denial of equal treatment on grounds that are actually immutable, like race, or constructively immutable, like religion." "[C]onstructively immutable" grounds are grounds that are "changeable

[85] Dans leurs observations tant écrites que verbales, les appelantes et l'intimé ont discuté la question de la qualité pour agir, ainsi que l'application des articles 15 et premier de la Charte. Par les motifs suivants, je préfère examiner, au fond, la thèse des appelantes selon laquelle les paragraphes 3(3) et 3(4) sont contraires à l'article 15 de la Charte.

[86] Premièrement, à mon humble avis, la thèse des appelantes concernant l'application territoriale de la Charte n'était pas bien développée. Il s'agit d'une question importante qui appelle des observations plus complètes, rattachées à la jurisprudence pertinente.

[87] Deuxièmement, invoquer la Charte pour contester la validité d'une loi édictée par le législateur est une démarche sérieuse. Les droits et libertés du Canada garantis par la Charte ne doivent pas être dévalorisés par des contestations hasardeuses qui ne sont pas fondées sur des éléments de preuve adéquats. Pour les deux raisons qui suivent, je conclus qu'est de cette nature la contestation dont notre Cour est saisie.

[88] Premièrement, le moyen tiré par les appelantes de la Charte n'est pas clairement formulé. Les observations peuvent être qualifiées d'incomplètes et se résument en 6 paragraphes dans un mémoire des faits et du droit de 91 paragraphes.

[89] Le motif analogue invoqué par les appelantes est la double citoyenneté. Elles soutiennent que des Canadiens, comme leur grand-mère et leur père, ont été historiquement victimes de discrimination en étant considérés d'une manière ou d'une autre comme des membres d'une société douteux ou moins dignes parce qu'ils désiraient ou devaient être citoyens de plus d'un pays.

[90] Toutefois, à l'occasion de l'affaire *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, la Cour suprême a discuté le critère permettant de qualifier un motif de distinction d'analogue à un motif énuméré. Selon la Cour, l'article 15 de la Charte « vise le déni du droit à l'égalité de traitement pour des motifs qui sont immuables dans les faits, par exemple la race, ou qui sont considérés immuables, par exemple la religion ». Les motifs « considérés

only at unacceptable cost to personal identity” (paragraph 13).

[91] The Supreme Court has consistently described analogous grounds in such fashion. See, for example, *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, at paragraph 335.

[92] As the appellants’ representative conceded in oral argument, in the circumstances before the Court, dual citizenship is neither an immutable nor constructively immutable characteristic. The appellants are citizens of the United States who are fully able to apply for permanent resident status in Canada. Such status can lead to the grant of Canadian citizenship.

[93] Of equal importance is my second concern. To date, the most authoritative pronouncement as to what violates section 15 of the Charter is contained in *Quebec (Attorney General) v. A*. At paragraph 332 Justice Abella, writing for the majority on this point, observed that at the root of section 15 is awareness that certain groups have been historically discriminated against, and that perpetuation of this discrimination should be curtailed. State conduct that widens, not narrows, the gap between the historically disadvantaged and the rest of society based on an enumerated or analogous ground is discriminatory.

[94] A flexible and contextual inquiry is needed to determine if a distinction has the effect of perpetrating arbitrary disadvantage because of membership in an enumerated or analogous group. Evidence is required to establish elements such as historic discrimination or disadvantage, and that the impugned legislation perpetuates such discrimination or disadvantage.

[95] The appellants adduced no evidence to support the alleged violation of their equality rights. While each appellant and their father filed affidavits in support of the appellants’ application, the affidavits are wholly bereft of evidence relevant to section 15.

immuables » sont des motifs « modifiable[s] uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l’identité personnelle » (au paragraphe 13).

[91] La Cour suprême a toujours ainsi défini les motifs analogues. Voir, par exemple, *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, au paragraphe 335.

[92] Comme le représentant des appelantes l’a reconnu lors des débats, vu les faits dont est saisie la Cour, la double citoyenneté n’est ni immuable ni considérée immuable. Les appelantes sont citoyennes des États-Unis et sont entièrement capables de présenter une demande pour obtenir le statut de résident permanent au Canada. Ce statut peut mener à l’obtention de la citoyenneté canadienne.

[93] Ma deuxième réserve est tout aussi importante. À ce jour, la décision faisant le plus autorité quant à savoir ce qui est contraire à l’article 15 de la Charte est l’arrêt *Québec (Procureur général) c. A*. Au paragraphe 332, la juge Abella, s’exprimant au nom de la majorité sur cette question, a fait remarquer qu’à la base, l’article 15 résulte d’une prise de conscience que certains groupes ont depuis longtemps été victimes de discrimination, et qu’il faut mettre fin à la perpétuation de cette discrimination. Les actes de l’État qui ont pour effet d’élargir, au lieu de rétrécir, l’écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société sur le fondement d’un motif énuméré ou analogue sont discriminatoires.

[94] S’impose une analyse souple et contextuelle afin de rechercher si une distinction a pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire en raison de l’appartenance à un groupe énuméré ou analogue. Des éléments de preuve sont nécessaires pour établir la discrimination ou le désavantage historique et que la loi contestée perpétue une telle discrimination ou un tel désavantage.

[95] Les appelantes n’ont présenté aucun élément de preuve à l’appui de la supposée violation de leurs droits à l’égalité. Bien que chacune des appelantes et leur père ont présenté des affidavits à l’appui de la demande des appelantes, les affidavits sont tous dépourvus d’éléments de preuve se rapportant à l’article 15.

[96] The appellants' affidavits are each half a page long and consist of 4 paragraphs which are confined to biographical information. The father's affidavit is 12 paragraphs long, contains biographical information, information with respect to the procedural background of this case and attaches as an exhibit his legal opinion, as an American attorney, as to why the delegate's decision is wrong in law.

[97] No other evidence was filed on the appellants' behalf.

[98] In sum, there is no evidence before this Court to establish the elements of a section 15 claim.

[99] For these reasons, I would dismiss the appellants' challenge under section 15 of the Charter. As I have found no violation of the Charter, it is not necessary to consider section 1.

[100] Before leaving this issue, I observe for completeness that because I chose not to deal with the issue of the appellants' standing to bring a challenge under the Charter, these reasons should not be seen to confirm or reject the Judge's analysis on the issue of standing.

X. Conclusion

[101] For these reasons, I would dismiss the appeal.

[102] I see no reason to depart from the principle that costs follow the event. Therefore, I would award the costs of the appeal to the respondent.

TRUDEL J.A.: I agree.

NEAR J.A.: I agree.

[96] Les affidavits des appelantes font chacun une page et consistent en 4 paragraphes qui se limitent à des renseignements biographiques. L'affidavit du père comporte 12 paragraphes, des renseignements biographiques ainsi que des renseignements au sujet du contexte procédural de l'espèce, et il joint comme pièce son avis juridique, en tant qu'avocat américain, expliquant pourquoi la décision de la déléguée est erronée en droit.

[97] Aucun autre élément de preuve n'a été produit au nom des appelantes.

[98] En somme, notre Cour ne dispose d'aucun élément de preuve lui permettant d'établir les éléments constitutifs d'une thèse fondée sur l'article 15.

[99] Par ces motifs, je suis d'avis de rejeter le moyen tiré par les appelantes de l'article 15 de la Charte. Comme je conclus qu'il n'y a eu aucune violation de la Charte, il n'est pas nécessaire d'examiner le moyen tiré de l'article premier.

[100] Avant de conclure cette question, je fais remarquer, par souci d'exhaustivité, que même si j'ai choisi de ne pas me pencher sur la question de la qualité des appelantes pour contester sur le fondement de la Charte, les présents motifs ne doivent pas être interprétés comme une confirmation ou un rejet de l'analyse de la juge sur la question de la qualité pour agir.

X. Conclusion

[101] Par ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel.

[102] Je ne vois aucune raison de déroger au principe selon lequel les dépens suivent l'issue de la cause. Par conséquent, je suis d'avis d'adjuger les dépens de l'appel à l'intimé.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d'accord.

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

A-226-14
2015 FCA 119

A-226-14
2015 CAF 119

Anne Cole (*Appellant*)

Anne Cole (*appelante*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Procureur général du Canada (*intimé*)

INDEXED AS: COLE v. CANADA

RÉPERTORIÉ : COLE c. CANADA

Federal Court of Appeal, Gauthier, Ryer and Webb JJ.A.—Ottawa, February 25 and May 5, 2015.

Cour d’appel fédérale, juges Gauthier, Ryer et Webb, J.C.A.—Ottawa, 25 février et 5 mai 2015.

Veterans — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Veterans Review and Appeal Board decision refusing to grant appellant’s application for disability pension pursuant to Pension Act, s. 21(2)(a) for claimed condition of major depression — Appellant’s military career ending when appellant medically discharged on account of four major conditions, including major depression — Appellant applying to Department of Veterans Affairs (DVA) for disability pension in respect of military service — Under Act, s. 21(2)(a), applicant must establish causal connection between claimed condition, military service to be granted disability pension — Board’s record indicating that appellant’s depression traced to factors relating to appellant’s military service (military factors), to personal life (personal factors) — Board rejecting appellant’s application for disability pension given appellant’s failure to establish that military factors causing or aggravating her claimed condition — Federal Court determining that Board’s weighing of evidence, interpretation of statutory scheme reviewable on standard of reasonableness — Concluding that Board interpreted “arose out of” in Pension Act, s. 21(2)(a) as requiring appellant’s military service to be “primary or major cause” of depression; then finding that Board making no reviewable error in using that interpretation — Whether Federal Court erring in selecting reasonableness as standard of review regarding interpretative issue; what was correct interpretation of causal connection requirement of phrase “arose out of or was directly connected with” in Pension Act, s. 21(2)(a); whether Board’s primary cause interpretation of causal connection requirement of phrase “arose out of or was directly connected with” in Act, s. 21(2)(a) unreasonable — Federal Court erring in determination that standard of review regarding interpretative issue reasonableness not correctness — Interpretation of phrase “arose out of or was directly connected with” in Act, s. 21(2)(a) discrete question of law in dispute before Board capable of being considered separately — Determination by Federal Court of Appeal in Frye v. Canada (Attorney General) that correctness standard must be used in considering interpretation of phrase “arose out of or was directly connected with” in

Anciens combattants — Appel d’une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire d’une décision du Tribunal des anciens combattants rejetant la demande de pension d’invalidité relative à une affection alléguée de dépression majeure présentée par l’appelante, conformément à l’art. 21(2)a) de la Loi sur les pensions — La carrière militaire de l’appelante a pris fin lorsqu’elle fut libérée pour raisons médicales parce qu’elle souffrait de quatre affections, dont une dépression majeure — L’appelante a déposé une demande auprès du ministère des Anciens Combattants (le MAC) en vue d’obtenir une pension d’invalidité en ce qui concernait son service militaire — Conformément à l’art. 21(2)a), le demandeur doit établir un lien de causalité entre l’affection alléguée et son service militaire pour avoir droit à une pension d’invalidité — Le dossier dont disposait le Tribunal comportait des éléments de preuve selon lesquels la dépression de l’appelante pouvait être rattachée à des facteurs découlant de son service militaire (facteurs militaires) et à des facteurs découlant de sa vie personnelle (facteurs personnels) — Le Tribunal a rejeté la demande de pension d’invalidité de l’appelante puisqu’elle n’avait pas établi que les facteurs militaires avaient causé ou aggravé son affection alléguée — La Cour fédérale a jugé que l’appréciation des éléments de preuve par le Tribunal et l’interprétation qu’il a faite de sa loi habilitante étaient assujetties à la norme de la décision raisonnable — Elle a conclu que le Tribunal avait interprété l’expression « consécutive à » à l’art. 21(2)a) de la Loi sur les pensions comme exigeant que le service militaire de l’appelante soit la « cause principale ou majeure » de sa dépression, puis a conclu qu’en retenant cette interprétation, le Tribunal n’a commis aucune erreur susceptible de contrôle — Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que la norme de contrôle applicable à la question d’interprétation était la norme de la décision raisonnable; quelle est l’interprétation correcte de l’exigence de causalité correspondant aux mots « rattachée directement [à] » à l’art. 21(2)a) de la Loi sur les pensions; et si l’interprétation des mots « rattachée directement [à] » à l’art. 21(2)a) de la Loi comme exigeant une causalité

Act, s. 21(2)(a) satisfactory determination of applicability of correctness standard to interpretation of those words in Act, s. 21(2)(a) as required herein — For number of reasons, present case constituting one of cases in which standard of correctness properly applicable on interpretation of tribunal's home statute — As to Board's interpretation of causal connection requirement, record showing that both military, personal factors of appellant having direct causal connection with appellant's claimed condition — However, appellant not required to establish that military factors playing larger role in triggering major depression than personal factors — Board's primary cause interpretation of causal connection requirement in phrase "directly connected with" incorrect — Court specifically instructed by Act, s. 2, Veterans Review and Appeal Board Act (VRAB Act), s. 3 on how Board, any reviewing court must interpret Act's provisions — Federal Court's adoption of ordinary civil standard of causation in this case inconsistent with parliamentary admonishments in Act, s. 2, VRAB Act, s. 3 — For purposes of establishing entitlement to disability pension under Act, s. 21(2)(a) on basis claimed condition "directly connected with" applicant's military service, applicant must establish only significant causal connection between applicant's claimed condition, military service — Board's primary cause interpretation of causal connection requirement in phrase "directly connected with" in Act, s. 21(2)(a) also unreasonable — Parliament mandating that liberal interpretation of Act must be given to ensure our country's obligation to members of armed forces who have been disabled or have died from military service fulfilled — Lower level of causal connection than ordinary civil standard of "but for" test intended by Parliament — Per Gauthier J.A. (concurring reasons): Regarding standard of review in this case, correctness not standard to be applied to Board's interpretation of Act, s. 21(2)(a) but rather reasonableness given recent Supreme Court of Canada case law — Appeal allowed.

correspondant au critère de la cause principale était raisonnable — La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que la norme de contrôle applicable relativement à la question d'interprétation était celle de la décision raisonnable et non celle de la décision correcte — L'interprétation des mots « consécutive ou rattachée directement [à] » à l'art. 21(2)a de la Loi est une question de droit qui était controversée devant le Tribunal et il s'agissait d'une question de droit distincte susceptible d'être examinée séparément — L'enseignement de la Cour d'appel fédérale par la jurisprudence *Frye c. Canada* (Procureur général) selon lequel il faut appliquer la norme de la décision correcte lors de l'examen de l'interprétation des mots « consécutive ou rattachée directement [à] » à l'art. 21(2)a de la Loi peut être considéré comme une conclusion saine quant à l'applicabilité de la norme de la décision correcte à l'interprétation de ces mêmes mots à l'art. 21(2)a, soit la mission qui incombe à la Cour dans le présent appel — Il peut y avoir des cas où la norme de la décision correcte est appliquée à juste titre relativement à l'interprétation de la « loi constitutive » d'un tribunal administratif et, pour de nombreuses raisons, tel est le cas en l'espèce — En ce qui concerne l'interprétation du Tribunal de l'exigence d'un lien de causalité, il ressort du dossier que les facteurs militaires et les facteurs personnels avaient une causalité directe avec l'affection alléguée de l'appelante — Toutefois, l'appelante n'était pas tenue d'établir que les facteurs militaires avaient joué un rôle plus important que les facteurs personnels dans le développement de sa dépression majeure — L'interprétation par le Tribunal de l'exigence de causalité correspondant aux mots « rattachée directement [à] » qui conduit au critère de la cause principale était incorrecte — Des instructions précises étaient données à la Cour par l'art. 2 de la Loi et par l'art. 3 de la Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) (Loi sur le TACRA), sur la manière dont le Tribunal et toute cour réformatrice doivent interpréter les dispositions de la Loi sur les pensions — L'adoption par la Cour fédérale de cette norme civile ordinaire était incompatible avec les directives que le législateur a donné à l'art. 2 de la Loi sur les pensions et à l'art. 3 de la Loi sur le TACRA — Pour établir le droit à une pension d'invalidité en vertu de l'art. 21(2)a de la Loi au motif que l'affection alléguée était « rattachée directement au » service militaire du demandeur, le demandeur doit seulement établir une causalité importante entre son affection alléguée et son service militaire — L'interprétation par le Tribunal des mots « rattachée directement [à] » à l'art. 21(2)a de la Loi comme exigeant une causalité correspondant au critère de la cause principale était aussi déraisonnable — Le législateur exige que la Loi soit interprétée de façon libérale, afin d'assurer que notre pays honore ses obligations envers les membres des forces armées qui sont devenus invalides ou sont décédés par suite de leur service militaire — Il s'ensuit que le législateur envisageait un degré de causalité inférieur à celui de la norme civile ordinaire du critère du facteur déterminant — La juge Gauthier, J.C.A. (motifs concourants) : Pour ce qui concerne la

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant's application for judicial review. The decision under review was made by the Veterans Review and Appeal Board, pursuant to section 29 of the *Veterans Review and Appeal Board Act* (VRAB Act), wherein the Board refused to grant the appellant's application for a disability pension pursuant to paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act* for the claimed condition of major depression. The appellant's military career ended when she was medically discharged on account of four conditions, including major depression and chronic dysthymia with obsessive compulsive traits. She then applied to the Department of Veterans Affairs (DVA) for a disability pension in respect of her military service on account of her major depression. The DVA considered that her application was brought under paragraph 21(2)(a) of the Act. Under paragraph 21(2)(a) of the Act, a disability pension in respect of peace time military service cannot be granted unless the applicant's injury or disease (the claimed condition), or an aggravation thereof, "arose out of or was directly connected" with the applicant's military service. This language requires the applicant to establish a causal connection between the claimed condition and his or her military service. The record before the Board contained evidence that the appellant's depression could be traced to factors relating to her military service (military factors) and factors relating to her personal life (personal factors). The Board rejected the appellant's application for a disability pension on the basis that she failed to establish that the military factors caused or aggravated her claimed condition. The appellant's military factors included a number of work-related stressors and disappointments. As to the personal factors, in particular, the appellant's spouse, another member of the military, was required to be away, causing her stress as she cared for the children of the marriage without assistance from her husband.

The Federal Court determined that the Board's weighing of the evidence and interpretation of the statutory scheme was reviewable on the standard of reasonableness. It determined that the Board required the appellant to establish that the military factors were the "primary cause" of the claimed condition. It dismissed the appellant's review application on the basis that the evidence before the Board was sufficient to support its conclusion that the appellant's medical condition was not caused by her military service. It concluded that the

norme de contrôle, la norme de la décision correcte n'était pas la norme applicable à l'interprétation du Tribunal de l'art. 21(2)a de la Loi, mais plutôt celle de la raisonabilité, étant donné la jurisprudence de la Cour suprême du Canada — Appel accueilli.

Il s'agissant d'un appel visant une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelante. La décision attaquée avait été rendue par le Tribunal des anciens combattants en vertu de l'article 29 de la *Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel)* (la Loi sur le TACRA). Aux termes de cette décision, le Tribunal avait rejeté la demande de pension d'invalidité relative à une affection alléguée de dépression majeure présentée par l'appelante, conformément à l'alinéa 21(2)a de la *Loi sur les pensions*. La carrière militaire de l'appelante a pris fin lorsqu'elle fut libérée pour raisons médicales parce qu'elle souffrait de quatre affections, dont une dépression majeure et une dysthymie chronique à caractère obsessionnel compulsif. L'appelante a ensuite déposé une demande auprès du ministère des Anciens Combattants (le MAC) en vue d'obtenir une pension d'invalidité en ce qui concernait son service militaire fondée sur sa dépression majeure. Le MAC a conclu que sa demande était faite en vertu de l'alinéa 21(2)a de la Loi. Une pension d'invalidité en ce qui concerne le service militaire en temps de paix ne peut être accordée sous le régime de l'alinéa 21(2)a de la Loi, à moins que la blessure ou la maladie du demandeur (l'affection alléguée) — ou son aggravation — soit « consécutive ou rattachée directement » au service militaire du demandeur. Ce texte exige que le demandeur établisse un lien de causalité entre l'affection alléguée et son service militaire. Le dossier dont disposait le Tribunal comportait des éléments de preuve selon lesquels la dépression de l'appelante pouvait être rattachée à des facteurs découlant de son service militaire (facteurs militaires) et à des facteurs découlant de sa vie personnelle (facteurs personnels). Le Tribunal a rejeté la demande de pension d'invalidité de l'appelante, au motif qu'elle n'avait pas réussi à établir que les facteurs militaires avaient causé ou aggravé son affection alléguée. Les facteurs militaires de l'appelante comprenaient plusieurs facteurs de stress et de déceptions découlant du travail. Quant aux facteurs personnels, l'époux de l'appelante, un militaire lui aussi, a dû séjourner à l'extérieur et ces absences étaient une source de stress pour l'appelante parce qu'elle devait s'occuper seule des enfants du mariage.

La Cour fédérale a confirmé que l'appréciation des éléments de preuve par le Tribunal et l'interprétation qu'il a faite de sa loi habilitante étaient assujetties à la norme de la décision raisonnable. Elle a conclu que le comité avait exigé que l'appelante établisse que les facteurs militaires étaient la « cause principale » de l'affection alléguée. La Cour a rejeté la demande au motif que les éléments de preuve dont disposait le Tribunal allaient dans le sens de sa conclusion selon laquelle l'affection médicale de l'appelante ne découlait pas

Board interpreted “arose out of” in paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act* as requiring the appellant’s military service to be the “primary or major cause” of her depression and then found that the Board made no reviewable error in using that interpretation.

The issues were whether the Federal Court erred in selecting reasonableness as the standard of review regarding the interpretative issue; if correctness was the required standard of review with respect to the interpretative issue, what was the correct interpretation of the causal connection requirement of the phrase “arose out of or was directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act*; and whether the Board’s primary cause interpretation of the causal connection requirement of the phrase “arose out of or was directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the Act was unreasonable.

Held, the appeal should be allowed.

Subsection 21(2) of the Act applies in respect of service in the militia or reserve army in peace time. The connectivity language in subsection 21(2) regarding injury, disease or death of a serviceman or woman and his or her peacetime military service is “arose out of or was directly connected with” such military service. This phrase requires a higher degree of causal connection between the death, injury or disease and the peacetime military service than is required by the phrase “attributable to or incurred during” in subsection 21(1) of the Act, which deals with services rendered during war or special duty service. The Federal Court concluded that the issue before the Board was one of mixed fact and law (interpretation of the Act and the application thereof to the facts), which typically attracts review on the standard of reasonableness. The interpretation of the phrase “arose out of or was directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the Act was a question of law that was in dispute before the Board. It was a discrete question of law capable of being considered separately. However, in reviewing the Board’s interpretation of this phrase, the Federal Court applied the reasonableness standard, not the correctness standard. The determination by the Federal Court of Appeal in *Frye v. Canada (Attorney General)* that the correctness standard must be used in considering the interpretation of the phrase “arose out of or was directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the Act was regarded as a satisfactory determination of the applicability of the correctness standard to the interpretation of those exact words in paragraph 21(2)(a) as required in this appeal. Moreover, the discernment of the standard of causation that was intended by Parliament when it enacted the phrase “arose out of or was directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the Act is a question of importance that extends beyond the ambit of the Act. Also, discerning degrees of causal connection is not a matter with which the Board would regularly

de son service militaire. Elle a conclu que le Tribunal avait interprété l’expression « consécutive à » à l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions* comme exigeant que le service militaire de l’appelante soit la « cause principale ou majeure » de sa dépression, puis a conclu qu’en retenant cette interprétation, le Tribunal n’a commis aucune erreur susceptible de contrôle.

Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que la norme de contrôle applicable à la question d’interprétation était la norme de la décision raisonnable; si la norme de contrôle applicable à la question d’interprétation est la norme de la décision correcte, quelle est l’interprétation correcte de l’exigence de causalité correspondant aux mots « rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions*; et si l’interprétation des mots « rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)a) de la Loi comme exigeant une causalité correspondant au critère de la cause principale était raisonnable.

Arrêt : l’appel doit être accueilli.

Le paragraphe 21(2) de la Loi s’applique relativement au service dans la milice ou dans l’armée de réserve en temps de paix. Le lien entre la blessure, la maladie ou le décès d’un militaire et son service militaire en temps de paix est évoqué par l’expression « consécutive ou rattachée directement [à] » ce service militaire. Ces mots exigent un degré plus élevé de causalité entre, d’une part, le décès, la blessure ou la maladie, et d’autre part, le service militaire en temps de paix, que ce qu’exigent les mots « survenue au cours [...] ou attribuable à » au paragraphe 21(1) de la Loi, qui porte sur le service en temps de guerre ou le service spécial. La Cour fédérale a conclu que la question dont le Tribunal avait été saisi était une question mêlée de fait et de droit (interprétation de la Loi et application des faits), qui commande généralement un examen selon la norme de la raisonabilité. L’interprétation des mots « consécutive ou rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)a) de la Loi est une question de droit qui était controversée devant le Tribunal. Il s’agissait d’une question de droit distincte susceptible d’être examinée séparément. Toutefois, la Cour fédérale a appliqué la norme de la décision raisonnable, et non celle de la décision correcte, dans le cadre de son examen de l’interprétation que le Tribunal avait faite de ces mots. L’enseignement de la Cour d’appel fédérale par la jurisprudence *Frye c. Canada (Procureur général)* selon lequel il faut appliquer la norme de la décision correcte lors de l’examen de l’interprétation des mots « consécutive ou rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)a) de la Loi pouvait être considéré comme une conclusion saine quant à l’applicabilité de la norme de la décision correcte à l’interprétation de ces mêmes mots à l’alinéa 21(2)a), soit la mission qui incombe à la Cour dans le présent appel. En outre, la détermination de la norme de causalité que le législateur a voulu établir en promulguant les mots « consécutive ou rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)a) de la Loi est une

grapple, a task that courts are better suited to perform. For a number of reasons, this was one of those cases in which the standard of correctness was properly applicable with respect to the interpretation of the home statute of a tribunal. Therefore, the Federal Court erred in its determination that the standard of review regarding the interpretative issue was reasonableness and not correctness.

The Board interpreted the phrase at issue in paragraph 21(2)(a) as requiring an applicant for a disability pension to establish that his or her military service was the primary cause of his or her claimed condition. There is disagreement at the Federal Court level as to whether the primary cause level of causal connection is required by the phrase “arose out of or was directly connected with”. Based on the decision in *Frye*, the causal connection requirements in the phrase “arose out of” can be satisfied in two ways: by either a direct causal connection or a non-direct causal connection. In this case, the record showed that both the military factors and the personal factors had a direct causal connection with the appellant’s claimed condition. Where the claimed condition is traceable to two direct causes, the interpretative issue is whether the phrase “directly connected with” requires the applicant to establish that his or her military service is the primary cause of that condition. Here, it had to be determined whether the appellant was required to establish that the military factors played a larger role in bringing about her major depression than the personal factors. The primary cause interpretation of the causal connection requirement in the phrase “directly connected with” was incorrect. A textual, contextual and purposive analysis were conducted for interpretative reasons. It could be reasonably concluded that contextually considered, the phrase “directly connected with” was intended to require a higher degree of causal connection between the claimed condition and peacetime military service than that required under subsection 21(1) of the Act. However, that contextual comparison did not establish that the primary cause level of causation was necessarily mandated. Purposively considered, in these circumstances, the Court was specifically instructed by section 2 of the Act and section 3 of the VRAB Act on how the Board and any reviewing court must interpret the Act’s provisions. While the Federal Court’s adoption of the ordinary civil standard of causation in this case was consistent with the level of factual causation commonly applied in tort cases, it was inconsistent with the parliamentary admonishments in section 2 of the Act and section 3 of the VRAB Act. A lower level of causal connection than the “but for” test was required by the phrase “directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the Act. Otherwise, the liberal interpretative admonishments would have no meaning in the circumstances under consideration. Thus, an

question d’importance qui déborde le cadre de la Loi. De plus, le Tribunal n’est pas régulièrement appelé à discerner des degrés de causalité, le juge judiciaire étant mieux à même de remplir cette mission. Il peut y avoir des cas où la norme de la décision correcte est appliquée à juste titre relativement à l’interprétation de la « loi constitutive » d’un tribunal administratif et, pour de nombreuses raisons, tel était le cas en l’espèce. En conséquence, la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que la norme de contrôle applicable relativement à la question d’interprétation était celle de la décision raisonnable et non celle de la décision correcte.

Le Tribunal a interprété ces mots comme exigeant que l’auteur de la demande de pension d’invalidité faite en vertu de l’alinéa 21(2)a) établisse que son service militaire avait été la cause principale de son affection alléguée. Il y a désaccord au sein de la Cour fédérale quant à savoir si les mots « consécutive ou rattachée directement [à] » exigent un degré de causalité correspondant au critère de la « cause principale ». La jurisprudence *Frye* enseigne qu’il y a deux types de causalité qui peuvent satisfaire aux exigences de causalité correspondant aux mots « consécuti[ve] ou rattaché[e] directement à » : la causalité directe ou la causalité indirecte. Dans la présente affaire, il ressort du dossier que les facteurs militaires et les facteurs personnels avaient une causalité directe avec l’affection alléguée de l’appelante. Lorsque l’affection alléguée peut être rattachée à deux causes directes, la question d’interprétation est celle de savoir si les mots « rattachée directement [à] » exigent que le demandeur établisse que son service militaire est la cause principale de cette affection. En l’espèce, la question qui se posait était celle de savoir si l’appelante devait établir que les facteurs militaires avaient joué un rôle plus important que les facteurs personnels dans le développement de sa dépression majeure. L’interprétation de l’exigence de causalité correspondant aux mots « rattachée directement [à] » qui conduit au critère de la cause principale était incorrecte. Un examen textuel, contextuel et téléologique a été effectué pour des raisons d’interprétation. On pourrait raisonnablement conclure que, d’après l’examen contextuel, les mots « rattachée directement [à] » étaient censés exiger un degré plus élevé de causalité entre l’affection alléguée et le service militaire en temps de paix que ce qu’exige le paragraphe 21(1) de la Loi. Toutefois, cette comparaison contextuelle n’a pas établi que le niveau de causalité requis est nécessairement celui de la cause principale. Dans l’ensemble, des instructions précises étaient données à la Cour par l’article 2 de la Loi et par l’article 3 de la Loi sur le TACRA, sur la manière dont le Tribunal et toute cour réformatrice doivent interpréter les dispositions de la *Loi sur les pensions*. Bien que l’adoption par la Cour de cette norme civile ordinaire corresponde en l’espèce au degré de causalité qui est généralement appliqué dans les affaires de responsabilité civile délictuelle, elle était incompatible avec les directives que le législateur nous donne à l’article 2 de la Loi et à l’article 3 de la Loi sur le TACRA. Les mots « rattachée directement [à] » à

interpretation of the phrase “directly connected with” that requires that a pension applicant’s military service was the primary cause of his or her claimed condition was incorrect.

As to the degree of causation that is required to establish a direct causal connection, for the purposes of establishing entitlement to a disability pension under paragraph 21(2)(a) of the Act on the basis that the claimed condition was “directly connected with” the applicant’s military service, the applicant must establish only a significant causal connection between the applicant’s claimed condition and his or her military service. In other words, a causal connection that is significant but less than primary will be sufficient. Thus, an applicant’s military service will provide a sufficient causal connection with his or her claimed condition such that the claimed condition is “directly connected with” such military service where he or she establishes that his or her military service was a significant factor in bringing about that claimed condition.

The Board’s primary cause interpretation of the causal connection requirement in the phrase “directly connected with” in paragraph 21(2)(a) was also unreasonable. Parliament has mandated that a liberal interpretation of the Act must be given to ensure that our country’s obligation to members of the armed forces who have been disabled or have died as a result of military service may be fulfilled. This means that a lower level of causal connection than the ordinary civil standard of the “but for” test was intended by Parliament when it enacted the phrase “directly connected with”. Thus, in adhering to the primary cause level of causation, the Board unreasonably interpreted the phrase “directly connected with”. The significant-cause level of causation provides a flexible approach to the establishment of the requisite causal connection between military service and a claimed condition and is fully consistent with the liberal interpretation admonishments contained in section 2 of the Act and section 3 of the VRAB Act. This flexibility favourably distinguishes the significant cause interpretation from the primary cause interpretation. Therefore, an interpretation of the phrase “directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the Act that requires an applicant to establish that his or her military service is the primary cause of his or her claimed condition is unreasonable and a decision to deny the award on the basis of such an interpretation was not within the range of reasonable outcomes of the decision-making process under consideration.

l’alinéa 21(2)a) de la Loi exigeaient un degré de causalité inférieur à celui du critère du facteur déterminant. Autrement, l’appel à une interprétation libérale n’aurait aucun sens dans les circonstances de l’espèce. Par conséquent, une interprétation des mots « rattachée directement [à] » qui exige que le service militaire d’un demandeur de pension ait été la cause principale de son affection alléguée était incorrecte.

En ce qui concerne le degré de causalité exigé pour établir une causalité directe, pour établir le droit à une pension d’invalidité en vertu de l’alinéa 21(2)a) de la Loi au motif que l’affection alléguée était « rattachée directement au » service militaire du demandeur, le demandeur doit seulement établir une causalité importante entre son affection alléguée et son service militaire. Autrement dit, une causalité qui est importante, mais moins que principale, sera suffisante. Ainsi, le service militaire du demandeur présentera une causalité suffisante avec son affection alléguée pour que l’on puisse considérer que celle-ci est « rattachée directement [à] » ce service militaire lorsque le demandeur établit que son service militaire a été un facteur important dans le déclenchement de l’affection alléguée.

L’interprétation par le Tribunal des mots « rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)a) comme exigeant une causalité correspondant au critère de la cause principale était aussi déraisonnable. Le législateur exige que la Loi soit interprétée de façon libérale, afin d’assurer que notre pays honore ses obligations envers les membres des forces armées qui sont devenus invalides ou sont décédés par suite de leur service militaire. Il s’ensuit que le législateur envisageait un degré de causalité inférieur à celui de la norme civile ordinaire du critère du facteur déterminant lorsqu’il a promulgué les mots « rattachée directement [à] ». Ainsi, en retenant le degré de causalité correspondant au critère de la cause principale, le Tribunal a interprété de manière déraisonnable les mots « rattachée directement [à] ». Le degré de causalité de la cause importante permet une approche souple à l’égard de l’établissement de la causalité requise entre le service militaire et une affection alléguée et s’accorde parfaitement avec les exigences d’une interprétation libérale énoncées à l’article 2 de la Loi et à l’article 3 de la Loi sur le TACRA. Cette souplesse démarque favorablement l’interprétation conduisant au critère de la cause importante de l’interprétation conduisant au critère de la cause principale. En conséquence, l’interprétation des mots « rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)a) de la Loi qui exige qu’un demandeur établisse que son service militaire est la cause principale de son affection alléguée est déraisonnable, ainsi qu’une décision de refuser une pension sur le fondement d’une telle interprétation, n’appartenaient pas aux issues raisonnables possibles du processus décisionnel en cause.

Since it was concluded that the Board erred in its selection of the primary cause test to determine whether the appellant's claimed condition was sufficiently causally connected to her military service, clearly the Board's decision to deny her application for a disability pension could not stand.

Per Gauthier J.A. (concurring reasons): With respect to the standard of review, correctness was not the standard to be applied to the Board's interpretation of paragraph 21(2)(a) of the Act. The Supreme Court has stated that reasonableness is the presumptive standard of review where a tribunal is interpreting its home statute or a statute closely related to its function. In view of case law subsequent to *Frye v. Canada (Attorney General)*, the presumption of reasonableness was not rebutted in this case. The interpretation offered by Ryer J.A. ensured that the scheme of the Act was not rendered meaningless: insignificant service-related factors cannot be sufficient to trigger the compensation scheme. On the other hand, allowing the mechanism provided by paragraph 21(2)(a) when the service-related factors are significant to be triggered gives effect to Parliament's clear intention that this benefits scheme be liberally construed to ensure that this country's obligation towards members of the armed forces is met.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2.
Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, ss. 2, 3 "disability", 21(1),(2).
Veterans Review and Appeal Board Act, S.C. 1995, c. 18, ss. 3, 29.

CASES CITED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Frye v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 264, 338 N.R. 382 (as to standard of review); *Atomic Energy of Canada Ltd. v. Wilson*, 2015 FCA 17, [2015] 4 F.C.R. 468; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Mathew v. Canada*, 2005 SCC 55, [2005] 2 S.C.R. 643.

DISTINGUISHED:

Frye v. Canada (Attorney General), 2005 FCA 264, 338 N.R. 382.

Puisqu'il a été conclu que le Tribunal avait commis une erreur dans le choix du critère de la cause principale pour établir s'il y avait un lien de causalité suffisant entre l'affection alléguée de l'appelante et son service militaire, il est clair que la décision du Tribunal de refuser sa demande de pension d'invalidité ne pouvait être confirmée.

La juge Gauthier, J.C.A. (motifs concourants) : Pour ce qui concerne la norme de contrôle, la norme de la décision correcte n'était pas la norme applicable à l'interprétation que le Tribunal a faite de l'alinéa 21(2)a) de la Loi. La Cour suprême enseigne que la norme de la raisonabilité est présumée jouer lorsqu'un tribunal interprète sa loi constitutive ou une loi étroitement reliée à sa mission. Compte tenu de la jurisprudence subséquente à l'arrêt *Frye c. Canada (Procureur général)*, la présomption d'assujettissement à la norme de la décision raisonnable n'a pas été réfutée en l'espèce. L'interprétation proposée par le juge Ryer assurait que le régime de la Loi n'était pas vide de sens : les facteurs négligeables reliés au service ne peuvent pas être considérés comme suffisants pour donner droit à une pension au titre du régime. En revanche, permettre au demandeur de se prévaloir du mécanisme prévu à l'alinéa 21(2)a) lorsque les facteurs reliés au service sont importants donne effet à l'intention claire du législateur selon laquelle ce régime de prestations s'interprète de façon libérale, de manière à assurer que l'obligation de ce pays envers les membres des forces armées est remplie.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2.
Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), L.C. 1995, ch. 18, art. 3, 29.
Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 2, 3 « invalidité », 21(1),(2).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Frye c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 264 (quant à la norme de contrôle judiciaire); *Énergie atomique du Canada limitée c. Wilson*, 2015 CAF 17, [2015] 4 R.C.F. 468; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, [2005] 2 R.C.S. 643.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Frye c. Canada (Procureur général), 2005 CAF 264.

CONSIDERED:

Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Attaran v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 37, 380 D.L.R. (4th) 737; *Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada*, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197.

REFERRED TO:

John Doe v. Canada (Attorney General), 2004 FC 451, 249 F.T.R. 301; *Boisvert v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 735; *Hall v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 1431.

AUTHORS CITED

Canada. Parliament. *House of Commons Debates*, 19th Parl., 2nd Sess., Vol. III (May 27, 1941) (Hon. W. L. MacKenzie King).

APPEAL from a Federal Court decision (2014 FC 310) dismissing the appellant's application for judicial review of a Veterans Review and Appeal Board decision refusing to grant the appellant's application for a disability pension pursuant to paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act* for the claimed condition of major depression. Appeal allowed.

APPEARANCES

Stephen B. Acker and *Yael Wexler* for appellant.
Craig Collins-Williams for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Faskin Martineau DuMoulin LLP, Ottawa, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] RYER J.A.: This is an appeal from a decision (2014 FC 310) of Mr. Justice de Montigny of the Federal Court (the Federal Court Judge) in which he dismissed an application for judicial review brought by Anne Cole. The decision under review was made by the Veterans Review and Appeal Board (the Board), pursuant to

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Attaran c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 37; *Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197.

DÉCISIONS CITÉES :

John Doe c. Canada (Procureur général), 2004 CF 451; *Boisvert c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 735; *Hall c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 1431.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Parlement. *Débats de la Chambre des communes*, 19^e lég., 2^e sess., vol. III (27 mai 1941) (L'hon. W. L. MacKenzie King).

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2014 CF 310) rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelante visant une décision du Tribunal des anciens combattants de rejeter sa demande de pension d'invalidité relative à une affection alléguée de dépression majeure conformément à l'alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions*. Appel accueilli.

ONT COMPARU

Stephen B. Acker et *Yael Wexler* pour l'appelante.
Craig Collins-Williams pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Faskin Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE RYER, J.C.A. : Notre Cour est saisie d'un appel visant une décision (2014 CF 310) rendue par le juge de Montigny de la Cour fédérale (le juge de la Cour fédérale), par laquelle celui-ci a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par M^{me} Anne Cole (M^{me} Cole). La décision attaquée avait été rendue par

section 29 of the *Veterans Review and Appeal Board Act*, S.C. 1995, c. 18 (the VRAB Act), on September 10, 2012. In it, the Board refused to grant Ms. Cole's application for a disability pension, pursuant to paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act*, R.S.C., 1985, c. P-6 (the *Pension Act*), for the claimed condition of major depression.

[2] Captain Cole's 21-year military career ended on February 1, 2007, when she was medically discharged on account of four conditions, including major depression and chronic dysthymia with obsessive compulsive traits.

[3] After her discharge, Ms. Cole made an application to the Department of Veterans Affairs (the DVA) for a disability pension in respect of her military service on account of her major depression. The DVA considered that her application was brought under paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act*, which reads as follows:

21. ...

Service in militia or reserve army and in peace time

(2) In respect of military service rendered in the non-permanent active militia or in the reserve army during World War II and in respect of military service in peace time,

(a) where a member of the forces suffers disability resulting from an injury or disease or an aggravation thereof that arose out of or was directly connected with such military service, a pension shall, on application, be awarded to or in respect of the member in accordance with the rates for basic and additional pension set out in Schedule I;

[4] A disability pension in respect of peace time military service cannot be granted under paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act* unless the applicant's injury or disease (the claimed condition), or an aggravation thereof, "arose out of or was directly connected" with the applicant's military service. This language requires the applicant to

le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) (le Tribunal), en vertu de l'article 29 de la *Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel)*, L.C. 1995, ch. 18 (la Loi sur le TACRA), le 10 septembre 2012. Aux termes de cette décision, le Tribunal avait rejeté la demande de pension d'invalidité relative à une affection alléguée de dépression majeure présentée par M^{me} Cole, conformément à l'alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions*, L.R.C. (1985), ch. P-6 (la *Loi sur les pensions*).

[2] La carrière militaire de 21 ans de la capitaine Cole a pris fin le 1^{er} février 2007, lorsqu'elle fut libérée pour raisons médicales parce qu'elle souffrait de quatre affections, dont une dépression majeure et une dysthymie chronique à caractère obsessionnel compulsif.

[3] Après sa libération, M^{me} Cole a déposé une demande auprès du ministère des Anciens Combattants (le MAC) en vue d'obtenir une pension d'invalidité en ce qui concernait son service militaire fondée sur sa dépression majeure. Le MAC a conclu que la demande de M^{me} Cole était faite en vertu de l'alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions*, qui est ainsi rédigé :

21. [...]

(2) En ce qui concerne le service militaire accompli dans la milice active non permanente ou dans l'armée de réserve pendant la Seconde Guerre mondiale ou le service militaire en temps de paix :

a) des pensions sont, sur demande, accordées aux membres des forces ou à leur égard, conformément aux taux prévus à l'annexe I pour les pensions de base ou supplémentaires, en cas d'invalidité causée par une blessure ou maladie — ou son aggravation — consécutive ou rattachée directement au service militaire;

Milice active non permanente ou armée de réserve en temps de paix

[4] Une pension d'invalidité en ce qui concerne le service militaire en temps de paix ne peut être accordée sous le régime de l'alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions*, à moins que la blessure ou la maladie du demandeur (l'affection alléguée) — ou son aggravation — soit « consécutive ou rattachée directement » au service

establish a causal connection between the claimed condition and his or her military service.

[5] The record before the Board contained evidence that Ms. Cole's depression could be traced to factors related to her military service (military factors) and factors related to her personal life (personal factors).

[6] The Board rejected Ms. Cole's application for a disability pension on the basis that she failed to establish that the military factors caused or aggravated her claimed condition.

[7] In reviewing the Board's decision, the Federal Court Judge determined that the Board required Ms. Cole to establish that the military factors were the "primary cause" of the claimed condition. In upholding the Board's decision, he concluded that the Board made no reviewable error in using "primary cause" as the degree of causation required by the phrase "arose out of" in paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act*.

[8] For the reasons that follow, I am of the view that both the Board and the Federal Court Judge erred in their interpretation of the degree of causal connection required by the phrase "arose out of or was directly connected with" in relation to Ms. Cole's pension application.

[9] Because Ms. Cole's claimed condition was directly linked to both the military factors and the personal factors, the determinative issue in this appeal is the degree or extent of causal connection that is required to establish that her claimed condition "was directly connected with" her military service.

[10] In my view, that causal connection requirement will be satisfied if the military factors are established to have been a significant cause of her claimed condition. This is a lesser degree of causation than primary cause.

militaire du demandeur. Ce texte exige que le demandeur établisse un lien de causalité entre l'affection alléguée et son service militaire.

[5] Le dossier dont disposait le Tribunal comportait des éléments de preuve selon lesquels la dépression de M^{me} Cole pouvait être rattachée à des facteurs découlant de son service militaire (facteurs militaires) et à des facteurs découlant de sa vie personnelle (facteurs personnels).

[6] Le Tribunal a rejeté la demande de pension d'invalidité de M^{me} Cole, au motif qu'elle n'avait pas réussi à établir que les facteurs militaires avaient causé ou aggravé son affection alléguée.

[7] Le juge de la Cour fédérale, qui a examiné la décision du Tribunal a conclu que celui-ci avait exigé que M^{me} Cole établisse que les facteurs militaires étaient la « cause principale » de l'affection alléguée. Le juge a confirmé la décision du Tribunal, en concluant que ce dernier n'avait commis aucune erreur susceptible de contrôle lorsqu'il avait utilisé le critère de la « cause principale » comme degré de causalité exigé par les mots « consécutive [à] » à l'alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions*.

[8] Par les motifs qui suivent, je suis d'avis que le Tribunal et le juge de la Cour fédérale ont tous deux commis une erreur dans leur interprétation du degré de causalité exigé par les mots « consécutive ou rattachée directement [à] » relativement à la demande de pension de M^{me} Cole.

[9] Étant donné que l'affection alléguée de M^{me} Cole était directement rattachée aux facteurs militaires et aux facteurs personnels, la question déterminante dans le présent appel est le degré ou l'étendue de causalité qui est requis pour établir que l'affection alléguée de M^{me} Cole était « rattachée directement [à] » son service militaire.

[10] À mon avis, il sera satisfait à cette exigence de causalité s'il est établi que les facteurs militaires ont été une cause importante de l'affection alléguée de M^{me} Cole. Il s'agit d'un degré de causalité moindre que celui de la cause principale.

[11] Because the Board failed to apply this lesser degree of causal connection in assessing whether Ms. Cole's claimed condition "was directly connected with" her military service, I would return this matter to the Board to make this determination using such lesser degree of causal connection.

BACKGROUND

[12] In light of my conclusion that the outcome of this appeal is primarily a matter of statutory interpretation, a detailed review of the facts is not warranted.

[13] At all times that are relevant to this appeal, Ms. Cole was married to another member of the military. On a number of occasions during her military career, her husband was required to be away. These absences caused stress to Ms. Cole as she cared for the children of the marriage without assistance from her husband.

[14] It is not disputed that at the time of her release, Ms. Cole was suffering from major depression, which was the basis of her application for a disability pension in 2007 (appeal book, page 32).

[15] It is equally undisputed that, at all levels of review of her application, up to and including the review by the Board, there was cogent evidence to the effect that Ms. Cole's depression was grounded in both the military factors and the personal factors.

[16] The military factors included a number of work-related stressors and disappointments. Three work-related events caused Ms. Cole particular disappointment; namely, the failure to obtain a deployment to the former Yugoslavia in the mid-1990s, a less than outstanding personnel evaluation report in 1999 and the revocation of her approval for deployment to Washington in March of 2000. In addition, she was stressed by having to resort to the grievance procedure to remove the 1999 personnel evaluation report from her file.

[11] Étant donné que le Tribunal a omis d'appliquer ce degré moindre de causalité lorsqu'il a apprécié la question de savoir si l'affection alléguée de M^{me} Cole était « rattachée directement [à] » son service militaire, je renverrais la présente affaire au Tribunal pour que celui-ci rende une nouvelle décision en utilisant ce degré moins strict quant au lien de causalité.

LES FAITS

[12] Étant donné que j'ai conclu que l'issue du présent appel tenait principalement à une question d'interprétation des lois, il n'est pas nécessaire de procéder à un examen détaillé des faits.

[13] À toutes les époques pertinentes en l'espèce, M^{me} Cole était mariée à un autre militaire. À plusieurs occasions au cours de sa carrière militaire, son époux a dû séjourner à l'extérieur. Ces absences étaient une source de stress pour M^{me} Cole, parce qu'elle devait s'occuper des enfants du mariage sans l'aide de son époux.

[14] Il est constant qu'au moment de sa libération, M^{me} Cole souffrait d'une dépression majeure, sur laquelle était fondée sa demande de pension d'invalidité en 2007 (dossier d'appel, à la page 32).

[15] Il est également constant qu'à tous les stades de la procédure d'examen de sa demande, jusqu'à l'intervention du Tribunal inclusivement, il y avait une preuve convaincante que la dépression de M^{me} Cole avait été causée par des facteurs militaires et par des facteurs personnels.

[16] Les facteurs militaires comprenaient plusieurs facteurs de stress et de déceptions découlant du travail. Trois incidents liés au travail avaient donné lieu à une déception particulière chez M^{me} Cole; à savoir, le défaut d'obtenir un déploiement en ex-Yougoslavie au milieu des années 1990, un rapport d'appréciation du personnel plutôt ordinaire en 1999, et la révocation de son approbation aux fins d'un déploiement à Washington en mars 2000. De plus, elle avait été stressée par le fait de devoir recourir à la procédure de règlement des griefs en vue de faire retirer de son dossier le rapport d'appréciation du personnel de 1999.

[17] The personal factors included a difficult childhood and personality traits. With regard to personality traits, the evidence indicated that Ms. Cole has difficulties coping with relatively minor disappointments, suffers from a dysthymic disorder and has a maladaptive personality, predisposing her to depression.

PROCEDURAL HISTORY

[18] By correspondence dated July 10, 2007, the DVA refused to grant Ms. Cole's application for a disability pension under paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act*. In that correspondence, the DVA stated:

A review of your service medical records indicate that you were diagnosed and treated for Major Depression during your service period. However, there is a lack of documented and objective evidence to show that your military service duties or any other service factors caused or contributed to the development and/or aggravation (permanent worsening) of the claimed condition. [Emphasis added.]

[19] Dissatisfied with this decision, Ms. Cole asked for a review of it by an entitlement review panel, as permitted under the VRAB Act. In upholding the denial of her disability pension application, the entitlement review panel, on June 17, 2008, stated:

After having reviewed all of the evidence, the Board cannot conclude that service factors were the causative factors of the claimed condition and cannot see a permanent worsening from these factors. The Board cannot conclude that pension entitlement is indicated. [Emphasis added.]

[20] In July of 2012, Ms. Cole appealed the entitlement review panel's decision to the Board. In denying the appeal, the Board made the following findings:

The onus is on the Appellant to demonstrate to the Board that military factors caused and/or aggravated the claimed condition....

[17] Les facteurs personnels comprenaient une enfance difficile et des traits de personnalité. Pour ce qui concerne les traits de personnalité, il ressortait des preuves que M^{me} Cole avait des difficultés à composer avec des déceptions relativement mineures, qu'elle souffrait d'un trouble dysthymique, et qu'elle avait une personnalité mal adaptée, ce qui la prédisposait à la dépression.

PROCÉDURES

[18] Par correspondance datée du 10 juillet 2007, le MAC a refusé la demande de pension d'invalidité que M^{me} Cole avait faite aux termes de l'alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions*. Dans cette correspondance, le MAC a affirmé :

[TRADUCTION] L'examen de vos dossiers médicaux relatifs au service indique qu'on vous a diagnostiqué une dépression majeure, pour laquelle vous avez été traitée, pendant votre période de service. Toutefois, il manque d'éléments de preuve documentés et objectifs démontrant que les fonctions afférentes à votre service militaire ou d'autres facteurs liés à votre service ont causé le développement de l'affection alléguée et/ou son aggravation (permanente) ou y ont contribué. [Non souligné dans l'original.]

[19] Insatisfaite de cette décision, M^{me} Cole en a demandé le réexamen par un comité de révision des décisions relatives à l'admissibilité, comme le permet la Loi sur le TACRA. Le comité de révision a confirmé le rejet de sa demande de pension d'invalidité le 17 juin 2008, en affirmant :

[TRADUCTION] Après avoir examiné tous les éléments de preuve, le Tribunal ne peut pas conclure que des facteurs liés au service ont causé l'affection alléguée et ne peut pas constater d'aggravation permanente causée par ces facteurs. Le Tribunal ne peut pas conclure qu'un droit à pension est indiqué. [Non souligné dans l'original.]

[20] En juillet 2012, M^{me} Cole a interjeté appel de la décision du comité de révision des décisions relatives à l'admissibilité auprès du Tribunal. Le Tribunal a rejeté l'appel, en tirant les conclusions suivantes :

[TRADUCTION] Le fardeau incombe à l'appelante de démontrer au Tribunal que des facteurs militaires ont causé et/ou aggravé l'affection alléguée [...]

However, the Board was not convinced that these work issues were the source of her depression....

While work stressors are noted, they do not appear to take prevalence in the treatment sessions....

However, without the evidence to establish that service factors caused or aggravated the claimed condition, the Board is regrettably unable to deliver a more favourable response at this time. [Emphasis added.]

[21] Ms. Cole applied to the Federal Court to review the Board's decision. The Federal Court Judge dismissed the application on the basis that the evidence before the Board was sufficient to support its conclusion that Ms. Cole's "medical condition was not caused by her military service" [at paragraph 50].

[22] In paragraph 25 of his reasons, the Federal Court Judge framed the issue before him as follows:

The sole issue before the Appeal Panel was whether the Applicant had established that her disability arose out of or was directly connected to her military service. This issue involves both the interpretation of the Appeal Panel's enabling statutes and the application of the law to the facts. This Court and the Federal Court of Appeal have confirmed on a number of occasions that the Appeal Board's weighing of the evidence and interpretation of its statutory scheme is reviewable on a standard of reasonableness.

[23] Although the Federal Court Judge acknowledged that the issue before him included the interpretation of the *Pension Act*, this excerpt from his reasons indicates that, in determining the standard of review, he characterized the question before him as one of mixed fact and law in respect of which there was no readily extricable legal issue of statutory interpretation.

[24] The Federal Court Judge addressed Ms. Cole's assertion that the Board erred by failing to explain its determination of the appropriate standard of causation mandated by the phrase "arose out of or was directly connected with" and how that standard applied to

Toutefois, le Tribunal n'a pas été convaincu que ces problèmes liés au travail avaient été la source de sa dépression [...]

Bien que des facteurs de stress liés au travail soient notés, ils ne semblent pas jouer un rôle prépondérant lors des séances de traitement [...]

Toutefois, sans la preuve permettant d'établir que des facteurs liés au service ont causé ou aggravé l'affection alléguée, le Tribunal ne peut malheureusement pas donner une réponse plus favorable à ce stade. [Non souligné dans l'original.]

[21] M^{me} Cole a demandé à la Cour fédérale d'examiner la décision du Tribunal. Le juge de la Cour fédérale a rejeté la demande au motif que les éléments de preuve dont disposait le Tribunal allaient dans le sens de sa conclusion selon laquelle « l'affection médicale de [Mme Cole] ne découlait pas de son service militaire » [au paragraphe 50].

[22] Au paragraphe 25 de ses motifs, le juge de la Cour fédérale a formulé ainsi la question dont il était saisi :

La seule question que devait trancher le comité d'appel était de savoir si la demanderesse avait établi que son invalidité était consécutive à son service militaire ou y était rattachée directement. Pour trancher cette question, il faut interpréter la loi habilitante du comité d'appel et appliquer le droit aux faits. Notre Cour et la Cour d'appel fédérale ont confirmé à de nombreuses reprises que l'appréciation des éléments de preuve par le comité d'appel et l'interprétation qu'il fait de sa loi habilitante sont assujetties à la norme de la décision raisonnable.

[23] Bien que le juge de la Cour fédérale ait reconnu que la question dont il était saisi concernait notamment l'interprétation de la *Loi sur les pensions*, il ressort de l'extrait précité de ses motifs que, lorsqu'il a déterminé la norme de contrôle qu'il devait appliquer, il a qualifié la question dont il était saisi de question mélangée de fait et de droit qui ne soulevait aucune question d'interprétation des lois facilement isolable.

[24] Le juge de la Cour fédérale a discuté la thèse de M^{me} Cole selon laquelle le Tribunal avait commis une erreur en omettant d'expliquer comment il avait conclu quelle norme de causalité correspondait à l'expression « consécutive ou rattachée directement [à] » et comment

Ms. Cole's circumstances. In doing so, he acknowledged that by virtue of section 2 of the *Pension Act* and section 3 of the VRAB Act (reproduced below), paragraph 21(2)(a) must be given a broad and generous interpretation.

[25] At paragraphs 34 to 36 of his reasons, the Federal Court Judge stated:

It is clear that the disease or injury (or the aggravation thereof) need not be directly connected to the military service, as the connecting word “or” is used in paragraph 21(2)(a) to link “directly connected” with “arose out of”. At the same time, it would clearly not be sufficient for a claimant to solely show that he or she was serving in the armed forces at the time, as it would presumably be if the claim was made pursuant to paragraph 21(1)(a). This is precisely the conclusion reached by the Federal Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v Frye*, 2005 FCA 264. In that case, the Court found that “... while it is not enough that the person was serving in the armed forces at the time, the causal nexus that a claimant must show between the death or injury and military service need be neither direct nor immediate” (at para 29). See also *Bradley v Canada (Attorney General)*, 2011 FC 309; *Hall v Canada (Attorney General)*, 2011 FC 1431.

In other words, I agree with the Applicant that paragraph 21(2)(a) does not require proof of a direct connection, but I disagree that some kind of causal connection would be sufficient or that military service was among the contributing causes of her disability [emphasis in original]. It seems to me that the words “arising out of” and the overall context of the statute call for something more than some nexus or causal connection, and require that the military service be the main and prevalent cause of the disease or injury, or at the very least a significant factor [emphasis added by Justice Rye]. Another way of putting it might be to say that the injury or disease would not have occurred but for the military service. [Emphasis in original.]

This is precisely the standard that the Appeal Board applied in its decision. Even though the Appeal Board did not state explicitly the causation paradigm it was applying, it emerges from its analysis (and especially from the two quotes reproduced at paragraph 22 of these reasons) that it was not convinced the Applicant would not be suffering from major depression had it not been for the work stressors and the workplace difficulties she encountered through her military career. This interpretation of paragraph 21(2)(a) was clearly reasonable and consistent with the prevailing jurisprudence on this issue. The Appeal Board was not requiring the Applicant

cette norme s'appliquait à la situation de M^{me} Cole. Le juge de la Cour fédérale a ainsi reconnu que l'article 2 de la *Loi sur les pensions* et l'article 3 de la *Loi sur le TACRA* (reproduits ci-dessous) appelaient une interprétation libérale et générale de l'alinéa 21(2)(a).

[25] Aux paragraphes 34 à 36 de ses motifs, le juge de la Cour fédérale a observé :

Il est clair que la maladie ou la blessure (ou leur aggravation) doit être directement liée au service militaire, comme en témoigne la conjonction « ou » à l'alinéa 21(2)(a) qui vient lier l'expression « rattachée directement » à « consécutive ». En même temps, il va de soi qu'un demandeur ne pourrait se contenter de démontrer qu'il servait dans les Forces armées durant la période pertinente, ce qui est implicite si la demande est présentée au titre de l'alinéa 21(1)(a). C'est précisément la conclusion à laquelle la Cour d'appel fédérale est parvenue dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c Frye*, 2005 CAF 264. Dans cette affaire, la Cour a estimé que « [...] même s'il ne suffit pas de prouver que la personne servait dans les Forces armées à l'époque, il n'est pas nécessaire que le demandeur établisse un lien de causalité direct ou immédiat entre le décès ou la blessure et le service militaire » (au paragraphe 29). Voir également *Bradley c Canada (Procureur général)*, 2011 CF 309; *Hall c Canada (Procureur général)*, 2011 CF 1431.

En d'autres termes, je conviens avec la demanderesse que l'alinéa 21(2)(a) n'exige pas de prouver un lien direct, mais je ne pense pas qu'il suffise d'établir une certaine forme de lien de causalité ou que le service militaire ait été l'une des causes qui ont contribué à son invalidité [souligné dans l'original]. Il me semble, que le terme « consécutive » et le contexte général de la loi exigent qu'il soit démontré davantage qu'un certain lien ou rapport causal, et que le service militaire doit être la cause principale ou prédominante de la maladie ou de la blessure, ou à tout le moins avoir joué un rôle significatif [soulignement ajouté par le juge Rye]. On pourrait sans doute tout aussi bien dire qu'il doit être établi que la blessure ou la maladie ne serait pas survenue n'eût été le service militaire. [Souligné dans l'original.]

C'est exactement la norme que le comité d'appel a appliquée dans sa décision. Bien qu'il n'ait pas explicitement énoncé le concept de causalité qu'il a retenu, il ressort de son analyse (et notamment des deux extraits reproduits au paragraphe 22 des présents motifs) qu'il n'était pas convaincu que la demanderesse ne souffrirait pas de toute façon de dépression majeure si elle n'avait pas été exposée aux facteurs de stress liés à son travail et les difficultés professionnelles rencontrées tout au long de sa carrière militaire. L'interprétation de l'alinéa 21(2)(a) était manifestement raisonnable et conforme à la jurisprudence applicable en cette matière. Contrairement à

to prove sole or direct causation, as alleged by the Applicant, but was looking for evidence that the military factors played a primary or major role in the aggravation or onset of her claimed condition. In doing so, the Appeal Board made no reviewable error. [Emphasis added.]

[26] These paragraphs make it clear that the Federal Court Judge was considering the causative requirements of only the words “arose out of” and not the words “directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act*. In paragraph 35 of his reasons, he appears to conclude that “arose out of” required military service to be “the main or prevalent cause” or “at the very least a significant factor.” However, in paragraph 36 he concludes that the Board interpreted “arose out of” as requiring Ms. Cole’s military service to be the “primary or major cause” of her depression, and then found that in using that interpretation, the Board made no reviewable error.

[27] In dismissing Ms. Cole’s application on the basis that the Board had sufficient evidence before it that Ms. Cole’s claimed condition—her depression—was not caused by her military service, the Federal Court Judge reiterated his conclusion that the phrase “arose out of or was directly connected with” requires a “primary cause” degree or level of causation.

ISSUES

[28] In reviewing a decision of the Federal Court in an application for judicial review of the decision of an administrative tribunal, this Court must determine whether the reviewing court correctly determined the standard of review by which it reviewed the decision of the tribunal. (See *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45 to 47.) If so, then this Court must determine whether the reviewing court correctly applied the appropriate standard. In this regard, the

ce qu’elle affirme, le comité d’appel n’attendait pas d’elle qu’elle établisse un lien causal unique ou direct, mais qu’elle prouve que les facteurs militaires avaient joué un rôle principal ou majeur dans l’aggravation ou l’apparition de l’affection alléguée. Ce faisant, le comité d’appel n’a commis aucune erreur susceptible de contrôle. [Soulignement ajouté.]

[26] Il ressort clairement de ces passages que le juge de la Cour fédérale examinait seulement les exigences relatives au lien de causalité au regard des mots « consécutive [à] », et non celles au regard des mots « rattachée directement [à] », toutes deux employées à l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions*. Au paragraphe 35 de ses motifs, il semble conclure que « consécutive [à] » exigeait que le service militaire soit « la cause principale ou prédominante » ou « à tout le moins [qu’il ait] joué un rôle significatif ». Toutefois, au paragraphe 36, il conclut que le Tribunal a interprété « consécutive à » comme exigeant que le service militaire de M^{me} Cole soit la « cause principale ou majeure » de sa dépression, puis il conclut qu’en retenant cette interprétation, le Tribunal n’a commis aucune erreur susceptible de contrôle.

[27] Lorsqu’il a rejeté la demande de M^{me} Cole au motif que le Tribunal disposait de suffisamment d’éléments de preuve pour pouvoir conclure que l’affection alléguée de M^{me} Cole — sa dépression — n’avait pas été causée par son service militaire, le juge de la Cour fédérale a réitéré sa conclusion selon laquelle l’expression « consécutive ou rattachée directement [à] » exige un degré ou niveau de causalité correspondant à une « cause principale ».

QUESTIONS EN LITIGE

[28] La Cour, lorsqu’elle examine une décision de la Cour fédérale par laquelle cette dernière statue sur une décision d’un tribunal administratif, doit rechercher si la cour réformatrice a retenu la norme de contrôle appropriée à l’égard de la décision du tribunal administratif (voir *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 à 47). Dans l’affirmative, la Cour doit alors rechercher si la cour réformatrice a appliqué correctement la norme appropriée. À cet égard, on dit souvent

appellate court is often described as “step[ping] into the shoes” of the reviewing court (see *Attaran v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 37, 380 D.L.R. (4th) 737, at paragraph 9).

[29] If this Court determines that the Federal Court Judge has incorrectly determined or applied the applicable standard, then we must intervene and conduct the necessary review.

[30] In conducting his review, the Federal Court Judge determined that there were two issues before the Board which, in my view, may be summarized as follows:

- (a) whether the Board erred in interpreting the phrase “arose out of or was directly connected with”, in paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act*, as requiring an applicant for a disability pension to establish that his or her military service was the primary cause of the claimed condition (the interpretative issue); and
- (b) whether the Board erred in assessing the evidence and in finding that Ms. Cole is not entitled to a pension under paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act* (the application of evidence issue).

[31] Thus, the issues in this appeal are:

- (a) Did the Federal Court Judge err in selecting reasonableness as the standard of review with respect to the interpretative issue?
- (b) If correctness is the required standard of review with respect to the interpretative issue, what is the correct interpretation of the causal connection requirement of the phrase “directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act*?

que la Cour d’appel [fédérale] « se [met] à la place » de la cour réformatrice (voir *Attaran c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 37, au paragraphe 9).

[29] Si notre Cour conclut que le juge de la Cour fédérale a commis une erreur dans le choix de la norme de contrôle ou dans son application, elle doit intervenir et procéder au contrôle nécessaire.

[30] Lorsqu’il a effectué son contrôle, le juge de la Cour fédérale a conclu que le Tribunal avait été saisi de deux questions, que l’on peut résumer ainsi :

- a) le Tribunal a-t-il commis une erreur lorsqu’il a interprété les mots « consécutive ou rattachée directement [à] », à l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions*, comme exigeant que le demandeur d’une pension d’invalidité établisse que son service militaire a été la cause principale de l’affection alléguée (la question d’interprétation)?
- b) le Tribunal a-t-il commis une erreur lorsqu’il a apprécié les éléments de preuve et a conclu que M^{me} Cole n’avait pas droit à une pension sous le régime de l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions* (la question relative à l’application de la loi aux éléments de preuve)?

[31] En conséquence, les questions à trancher dans le présent appel sont les suivantes :

- a) Le juge de la Cour fédérale a-t-il commis une erreur lorsqu’il a conclu que la norme de contrôle applicable à la question d’interprétation était la norme de la décision raisonnable?
- b) Si la norme de contrôle applicable à la question d’interprétation est la norme de la décision correcte, quelle est l’interprétation correcte de l’exigence de causalité correspondant aux mots « rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions*?

- (c) If reasonableness is the required standard of review with respect to the interpretative issue, was the primary cause interpretation of the causal connection requirement of the phrase “directly connected with”, in paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act*, reasonable?
- (d) Did the Board err in its determination of the application of evidence issue?
- c) Si la norme de contrôle applicable à la question d’interprétation est la norme de la décision raisonnable, l’interprétation des mots « rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions* comme exigeant une causalité correspondant au critère de la cause principale était-elle raisonnable?
- d) Le Tribunal a-t-il commis une erreur dans son application de la loi aux éléments de preuve?

ANALYSIS

- A. Did the Federal Court Judge select the correct standard of review with respect to the interpretative issue?

Statutory context

[32] Subsections 21(1) and (2) of the *Pension Act* permit awards of pensions in respect of military service. The relevant portions of those provisions read as follows:

Service during war, or special duty service

21. (1) In respect of service rendered during World War I, service rendered during World War II other than in the non-permanent active militia or the reserve army, service in the Korean War, service as a member of the special force, and special duty service,

(a) where a member of the forces suffers disability resulting from an injury or disease or an aggravation thereof that was attributable to or was incurred during such military service, a pension shall, on application, be awarded to or in respect of the member in accordance with the rates for basic and additional pension set out in Schedule I;

(b) where a member of the forces dies as a result of an injury or disease or an aggravation thereof that was attributable to or was incurred during such military service, a pension shall be awarded in respect of the member in accordance with the rates set out in Schedule II;

...

ANALYSE

- A. Le juge de la Cour fédérale a-t-il retenu la norme de contrôle correcte relativement à la question d’interprétation?

Les textes législatifs pertinents

[32] Les paragraphes 21(1) et (2) de la *Loi sur les pensions* permettent d’accorder des pensions pour le service militaire. Les parties pertinentes de ces dispositions disposent :

21. (1) Pour le service accompli pendant la Première Guerre mondiale ou la Seconde Guerre mondiale, sauf dans la milice active non permanente ou dans l’armée de réserve, le service accompli pendant la guerre de Corée, le service accompli à titre de membre du contingent spécial et le service spécial :

Service pendant la guerre ou en service spécial

a) des pensions sont, sur demande, accordées aux membres des forces ou à leur égard, conformément aux taux prévus à l’annexe I pour les pensions de base ou supplémentaires, en cas d’invalidité causée par une blessure ou maladie — ou son aggravation — survenue au cours du service militaire ou attribuable à celui-ci;

b) des pensions sont accordées à l’égard des membres des forces, conformément aux taux prévus à l’annexe II, en cas de décès causé par une blessure ou maladie — ou son aggravation — survenue au cours du service militaire ou attribuable à celui-ci;

[...]

Service in militia or reserve army and in peace time

(2) In respect of military service rendered in the non-permanent active militia or in the reserve army during World War II and in respect of military service in peace time,

(a) where a member of the forces suffers disability resulting from an injury or disease or an aggravation thereof that arose out of or was directly connected with such military service, a pension shall, on application, be awarded to or in respect of the member in accordance with the rates for basic and additional pension set out in Schedule I;

(b) where a member of the forces dies as a result of an injury or disease or an aggravation thereof that arose out of or was directly connected with such military service, a pension shall be awarded in respect of the member in accordance with the rates set out in Schedule II;

[33] In interpreting these and any other provisions of the *Pension Act*, it is important to consider and apply the interpretative mandate contained in section 2 of the *Pension Act*, which reads as follows:

Construction

2. The provisions of this Act shall be liberally construed and interpreted to the end that the recognized obligation of the people and Government of Canada to provide compensation to those members of the forces who have been disabled or have died as a result of military service, and to their dependants, may be fulfilled.

[34] A similar interpretative mandate is contained in section 3 of the VRAB Act, which reads as follows:

Construction

3. The provisions of this Act and of any other Act of Parliament or of any regulations made under this or any other Act of Parliament conferring or imposing jurisdiction, powers, duties or functions on the Board shall be liberally construed and interpreted to the end that the recognized obligation of the people and Government of Canada to those who have served their country so well and to their dependants may be fulfilled.

[35] Subsection 21(1) of the *Pension Act* applies in respect of services rendered during war or special duty

(2) En ce qui concerne le service militaire accompli dans la milice active non permanente ou dans l'armée de réserve pendant la Seconde Guerre mondiale ou le service militaire en temps de paix :

a) des pensions sont, sur demande, accordées aux membres des forces ou à leur égard, conformément aux taux prévus à l'annexe I pour les pensions de base ou supplémentaires, en cas d'invalidité causée par une blessure ou maladie — ou son aggravation — consécutive ou rattachée directement au service militaire;

b) des pensions sont accordées à l'égard des membres des forces, conformément aux taux prévus à l'annexe II, en cas de décès causé par une blessure ou maladie — ou son aggravation — consécutive ou rattachée directement au service militaire;

[33] Lorsque l'on interprète ces dispositions et toutes les autres dispositions de la *Loi sur les pensions*, il importe de prendre en compte et d'appliquer la directive d'interprétation énoncée à l'article 2 de la *Loi sur les pensions*, qui est ainsi rédigé :

2. Les dispositions de la présente loi s'interprètent d'une façon libérale afin de donner effet à l'obligation reconnue du peuple canadien et du gouvernement du Canada d'indemniser les membres des forces qui sont devenus invalides ou sont décédés par suite de leur service militaire, ainsi que les personnes à leur charge.

[34] Une directive d'interprétation similaire est énoncée à l'article 3 de la Loi sur le TACRA, qui dispose :

3. Les dispositions de la présente loi et de toute autre loi fédérale, ainsi que de leurs règlements, qui établissent la compétence du Tribunal ou lui confèrent des pouvoirs et fonctions doivent s'interpréter de façon large, compte tenu des obligations que le peuple et le gouvernement du Canada reconnaissent avoir à l'égard de ceux qui ont si bien servi leur pays et des personnes à leur charge.

[35] Le paragraphe 21(1) de la *Loi sur les pensions* vise le service accompli durant la guerre et au service

Milice active non permanente ou armée de réserve en temps de paix

Règle d'interprétation

Principe général

service. The language in subsection 21(1) of the *Pension Act* requires that the injury, disease or death of a serviceman or woman and his or her wartime or special duty military service must be “attributable to” or “incurred during” such military service. This level of connectivity has been referred to as the “insurance principle”, reflecting a desire on the part of Parliament to provide “full coverage” pension protection to men and women exposed to risks when serving their country during wartime or special duty service (see May 27, 1941, Hansard [*House of Commons Debates*, 19th Parl., 2nd Sess., Vol. III], at page 3167). Thus, the phrase “attributable to” contemplates a degree of causal connection between the death, injury or disease and the wartime or special duty service, while the phrase “was incurred during” contemplates only a temporal connection.

[36] Subsection 21(2) of the *Pension Act* applies in respect of service in the militia or reserve army in peace time. The connectivity language in subsection 21(2) of the *Pension Act* with respect to injury, disease or death of a serviceman or woman and his or her peace time military service is “arose out of or was directly connected with” such military service. This language was introduced in 1941, reflecting Parliament’s intention to provide less than “full coverage” pension protection in respect of risks to which men and women may be exposed when serving their country in peace time. Thus, it appears that the phrase “arose out of or was directly connected with” requires a higher degree of causal connection between the death, injury or disease and the peace time military service than is required by the phrase “attributable to or incurred during” in subsection 21(1) of the *Pension Act*.

The paragraph 21(2)(a) requirements

[37] Establishing entitlement to a disability pension under paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act* is a four-step process:

spécial. Les dispositions du paragraphe 21(1) de la *Loi sur les pensions* exigent que la blessure, la maladie ou le décès d’un militaire et son service militaire accompli durant la guerre ou en service spécial soient « survenu[s] au cours » de ce service militaire ou soient « attribuable[s] à celui-ci ». Ce degré de causalité a été désigné comme le [TRADUCTION] « principe de l’assurance », traduisant le désir du législateur d’assurer, en fait de protection par voie de prestations, une [TRADUCTION] « couverture complète » aux hommes et aux femmes qui ont été exposés à des risques alors qu’ils servaient leur pays pendant la guerre ou en service spécial (voir le Hansard [*Débats de la Chambre des communes*, 19^e lég., 2^e sess., vol. III], à la page 3237, 27 mai 1941). Ainsi, les mots « attribuable à » évoquent un degré de causalité entre, d’une part, le décès, la blessure ou la maladie, et d’autre part, le service pendant la guerre ou le service spécial, tandis que les mots « survenue au cours » évoquent seulement un lien temporel.

[36] Le paragraphe 21(2) de la *Loi sur les pensions* s’applique relativement au service dans la milice ou dans l’armée de réserve en temps de paix. Au paragraphe 21(2) de la *Loi sur les pensions*, le lien entre la blessure, la maladie ou le décès d’un militaire et son service militaire en temps de paix est évoqué par l’expression « consécutive ou rattachée directement [à] » ce service militaire. La disposition comportant cette expression a été promulguée en 1941, et elle traduit l’intention du législateur d’assurer, en fait de protection au moyen de prestations, moins qu’une [TRADUCTION] « couverture complète » relativement aux risques auxquels des hommes et des femmes peuvent être exposés alors qu’ils servent leur pays en temps de paix. Ainsi, il appert que les mots « consécutive ou rattachée directement [à] » exigent un degré plus élevé de causalité entre, d’une part, le décès, la blessure ou la maladie, et d’autre part, le service militaire en temps de paix, que ce qu’exigent les mots « survenue au cours [...] ou attribuable à » au paragraphe 21(1) de la *Loi sur les pensions*.

Les exigences de l’alinéa 21(1)a)

[37] L’établissement du droit à une pension d’invalidité en vertu de l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions* est un processus comportant quatre étapes :

- | | |
|--|--|
| <p>(a) Step one requires the applicant to demonstrate that he or she has a claimed condition—an injury or disease, or an aggravation thereof.</p> <p>(b) Step two requires the applicant to demonstrate that the claimed condition “arose out of or was directly connected with” his or her service as a member of the forces.</p> <p>(c) Step three requires the applicant to establish that he or she suffers from a disability.</p> <p>(d) Step four requires the applicant to establish that his or her disability resulted from a military service-related claimed condition.</p> | <p>a) La première étape exige que le demandeur démontre qu’il a une affection alléguée — une blessure ou une maladie ou une aggravation de celle-ci.</p> <p>b) La deuxième étape exige que le demandeur démontre que l’affection alléguée est « consécutive ou rattachée directement [à] » son service en tant que membre des forces.</p> <p>c) La troisième étape exige que le demandeur établisse qu’il souffre d’une invalidité.</p> <p>d) La quatrième étape exige que le demandeur établisse que son invalidité découle d’une affection alléguée reliée au service militaire.</p> |
|--|--|

[38] While there is no statutory mandate to conduct the inquiry in this sequence, it seems logical to me, in the particular circumstances of this case, that the establishment of the existence of the claimed condition would precede the establishment of the existence of the disability. Indeed, this approach appears to have been followed by the Board in the instant circumstances.

[38] La loi n’exige pas que la recherche soit menée selon cette séquence, mais il me paraît logique, dans les circonstances particulières de l’espèce, que l’établissement de l’existence de l’affection alléguée précède l’établissement de l’existence de l’invalidité. D’ailleurs, le Tribunal semble avoir adopté cette démarche en l’espèce.

[39] Disability is defined in subsection 3(1) of the *Pension Act* as follows:

[39] Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur les pensions* définit ainsi le mot « invalidité » :

Definitions 3. ...

3. [...]

Définitions

“disability” “disability” means the loss or lessening of the power to will and to do any normal mental or physical act;
« invalidité »

« invalidité » La perte ou l’amoindrissement de la faculté de vouloir et de faire normalement des actes d’ordre physique ou mental.

« invalidité » “disability”

This definition of disability is important as it is a distinct element that must be established in step three and must not be conflated with the claimed condition that the applicant must establish in step one.

Cette définition de l’invalidité est importante, car il s’agit d’un élément distinct qui doit être établi à la troisième étape et qui ne doit pas être confondu avec l’affection alléguée que le demandeur doit établir à la première étape.

[40] Steps one and three require factual determinations as to the existence of the claimed condition and the disability. In the circumstances under consideration, there is no issue as to whether Ms. Cole suffers from major depression—the claimed condition—as it was one of the reasons for her discharge from the forces. However, there was no finding with respect to step three

[40] Les première et troisième étapes exigent des déterminations de faits quant à l’existence de l’affection alléguée et de l’invalidité. En l’espèce, il est constant que M^{me} Cole souffre d’une dépression majeure — l’affection alléguée — puisqu’il s’agissait de l’une des raisons pour lesquelles elle avait été libérée des forces. Toutefois, il n’y a eu aucune conclusion relativement

because the Board found that the requirements of step two had not been fulfilled.

[41] Both of steps two and four contain causal connection requirements. In step four, the applicant must show a causal connection between the military service-related claimed condition, established in steps one and two, and the applicant's disability that is established in step three. The nature and extent of this causal connection requirement are not in issue in this appeal. The Board never got to step three because it determined that Ms. Cole had not established the causal connection required by step two.

What standard of review did the Federal Court Judge select: correctness or reasonableness?

[42] In paragraph 25 of his reasons, the Federal Court Judge determined that the issue before the Board "was whether the Applicant had established that her disability arose out of or was directly connected to her military service" (my emphasis). With respect, this formulation of the issue conflated the "injury or disease", the claimed condition that is required to be established in step one of the disability pension entitlement process, with the "disability" that must be established in step three of that process.

[43] The Federal Court Judge went on to state that the resolution of the issue that he formulated involves both an interpretation of the *Pension Act* and the application of that interpretation to the facts. In referring to both the interpretation and application of the legal standard as part of a single issue, it appears to me that the Federal Court Judge concluded that the issue before the Board was one of mixed fact and law, which typically attracts review on the standard of reasonableness.

[44] Applying the reasonableness standard to questions of mixed fact and law is usually appropriate, but may not be if the interpretation of the applicable legal

à la troisième étape, parce que le Tribunal a conclu qu'il n'avait pas été satisfait aux exigences de la deuxième étape.

[41] Les deuxième et quatrième étapes exigent toutes deux un lien de causalité. À la quatrième étape, le demandeur doit démontrer un lien de causalité entre l'affection alléguée reliée au service militaire, établie aux première et deuxième étapes, et l'invalidité du demandeur qui est établie à la troisième étape. La nature et la portée de cette exigence de causalité ne sont pas en cause dans le présent appel. Le Tribunal n'est pas parvenu à la troisième étape parce qu'il a conclu que M^{me} Cole n'avait pas établi le lien de causalité exigé à la deuxième étape.

Quelle norme de contrôle le juge de la Cour fédérale a-t-il retenue : la norme de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable?

[42] Au paragraphe 25 de ses motifs, le juge de la Cour fédérale a conclu que la question dont le Tribunal avait été saisi « était de savoir si la demanderesse avait établi que son invalidité était consécutive à son service militaire ou y était rattachée directement » (non souligné dans l'original). Avec égards, cette formulation de la question confondait la « blessure ou maladie » — l'affection alléguée qui doit être établie à la première étape du processus d'établissement du droit à une pension d'invalidité — avec l'« invalidité », laquelle doit être établie à la troisième étape de ce processus.

[43] Le juge de la Cour fédérale a ensuite observé que, pour résoudre la question qu'il avait formulée, il fallait interpréter la *Loi sur les pensions* et appliquer cette interprétation aux faits. En évoquant l'interprétation et l'application du critère légal comme faisant partie d'une seule et même question, je crois que le juge de la Cour fédérale a conclu que la question dont le Tribunal avait été saisi était une question mélangée de fait et de droit, qui commande généralement un examen selon la norme de la raisonnable.

[44] Il est habituellement approprié d'appliquer la norme de la décision raisonnable aux questions mélangées de fait et de droit, mais il peut en aller autrement

provision is in dispute and is discrete enough to be analysed separately.

[45] The interpretation of the phrase “arose out of or was directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act* is a question of law that was in dispute before the Board. In my view, that question was a discrete question of law capable of being considered separately. Indeed, the Federal Court Judge did deal with the interpretation of this phrase in paragraphs 28 to 36 of his reasons when he considered the appropriate level of causal connection that was required under paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act*. However, in doing so, the Federal Court Judge applied the reasonableness standard, not the correctness standard, in his review of the Board’s interpretation of this phrase.

The correct standard of review: correctness or reasonableness?

[46] Before this Court, the appellant argued that this interpretative question should be reviewed on the standard of correctness. The respondent agreed that with respect to pure questions of law, including those readily extricable from questions of mixed fact and law, correctness should be the standard.

[47] While recent jurisprudence tends to provide deference to experienced tribunals when they interpret their “home statute”, this is not a rule of universal application. In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, the Supreme Court of Canada held that if prior jurisprudence has satisfactorily determined the applicable standard of review, with respect to a particular category of question, it is unnecessary to engage in any further standard of review analysis.

[48] In particular, in paragraph 62 of *Dunsmuir*, Justices Bastarache and LeBel, speaking for the majority, stated:

lorsque l’interprétation de la disposition législative applicable est controversée et que cette interprétation constitue une question assez distincte pour pouvoir être analysée séparément.

[45] L’interprétation des mots « consécutive ou rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions* est une question de droit qui était controversée devant le Tribunal. À mon avis, il s’agissait d’une question de droit distincte susceptible d’être examinée séparément. De fait, le juge de la Cour fédérale a discuté de l’interprétation de cette expression aux paragraphes 28 à 36 de ses motifs lorsqu’il a examiné la question du degré de causalité qui était exigé aux termes de l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions*. Toutefois, ce faisant, le juge de la Cour fédérale a appliqué la norme de la décision raisonnable, et non celle de la décision correcte, dans le cadre de son examen de l’interprétation que le Tribunal avait faite de ce membre de phrase.

La norme de contrôle applicable : la norme de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable?

[46] Devant la Cour, l’appelante a soutenu que cette question d’interprétation devait être examinée selon la norme de la décision correcte. L’intimé a convenu qu’à l’égard des pures questions de droit, y compris celles qui peuvent être facilement isolées des questions mélangées de fait et de droit, c’est généralement la norme de la décision correcte qui s’applique.

[47] Bien que la jurisprudence récente tende à préconiser la retenue à l’égard des tribunaux expérimentés lorsqu’ils interprètent leur « loi constitutive », il ne s’agit pas d’une règle d’application universelle. L’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, rendu par la Cour suprême du Canada, enseigne que, si la jurisprudence détermine déjà de manière satisfaisante quelle est la norme de contrôle applicable relativement à une catégorie de questions en particulier, il n’est pas nécessaire de pousser plus loin l’analyse de la norme de contrôle.

[48] En particulier, au paragraphe 62 de l’arrêt *Dunsmuir*, les juges Bastarache et LeBel, s’exprimant au nom de la majorité, ont observé :

In summary, 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. [Emphasis added.]

[49] The continuing application of this approach has been reconfirmed by the Supreme Court of Canada in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 [cited above], at paragraph 49.

[50] In *Frye v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 264, 338 N.R. 382, this Court considered the question of the standard of causation that is required by the phrase “arose out of or was directly connected with” in paragraph 21(2)(b) of the *Pension Act*. The Court determined that the interpretation of this phrase was a question of law that was to be reviewed on the standard of correctness.

[51] In my view, the determination by this Court in *Frye* that the correctness standard must be used in considering the interpretation of the phrase “arose out of or was directly connected with” in paragraph 21(2)(b) of the *Pension Act* can be regarded as a satisfactory determination of the applicability of the correctness standard to the interpretation of those exact words in paragraph 21(2)(a), as required in this appeal.

[52] Moreover, I am of the view that the discernment of the standard of causation that was intended by Parliament when it enacted the phrase “arose out of or was directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act*, is a question of importance that extends beyond the ambit of the *Pension Act*. Questions of causation often arise in many other areas of law, including insurance, torts and workers’ compensation. Additionally, it is my view that discerning degrees of causal connection—in marked contrast to applying such levels of causal connection, once discerned—is not a matter with

Bref, 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. [Non souligné dans l’original.]

[49] La Cour suprême a reconfirmé que cette démarche était encore d’actualité à l’occasion de l’affaire *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 [précité], au paragraphe 49.

[50] À l’occasion de l’affaire *Frye c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 264, notre Cour a examiné la question de la norme de causalité exigée par les mots « consécutive ou rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)(b) de la *Loi sur les pensions*. La Cour a conclu que l’interprétation de ces mots était une question de droit qui devait être examinée selon la norme de la décision correcte.

[51] À mon avis, l’enseignement de notre Cour par la jurisprudence *Frye* selon lequel il faut appliquer la norme de la décision correcte lors de l’examen de l’interprétation des mots « consécutive ou rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)(b) de la *Loi sur les pensions* peut être considéré comme une conclusion saine quant à l’applicabilité de la norme de la décision correcte à l’interprétation de ces mêmes mots à l’alinéa 21(2)(a), soit la mission qui incombe à la Cour dans le présent appel.

[52] En outre, je suis d’avis que la détermination de la norme de causalité que le législateur a voulu établir en promulguant les mots « consécutive ou rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)(a) de la *Loi sur les pensions* est une question d’importance qui déborde le cadre de la *Loi sur les pensions*. Les questions de causalité se posent souvent dans de nombreux domaines du droit, notamment en matière d’assurance, de responsabilité civile délictuelle et d’indemnisation des accidentés du travail. De plus, je suis d’avis que le Tribunal n’est pas régulièrement appelé à discerner des degrés de causalité

which the Board would regularly grapple. That task, in my view, is one that courts are better suited to perform.

[53] The expertise of the Board with respect to this type of interpretative question stands in marked contrast to the expertise that many tribunals develop with respect to the interpretation of technical provisions of their home statute. For example, when setting freight rates with respect to the shipment of western grain, the Canadian Transportation Agency has to interpret such esoteric terms as the “volume-related composite price index”. Clearly, much deference is owed to that Agency in the interpretation of that provision of its home statute.

[54] Similarly, Part V [sections 74 to 78] of the *Pension Act* provides for annual adjustments of pensions and allowances on the basis of a number of factors stipulated in that Part. In such circumstances, significant deference should be accorded to the Board in relation to its interpretation and application of the factors upon which such annual adjustments are based.

[55] In addition, in the recent decision of this Court in *Wilson v. Atomic Energy of Canada Limited*, 2015 FCA 17, [2015] 4 F.C.R. 468, Justice Stratas concluded that the standard of correctness was properly applicable in reviewing the decision of a labour arbitrator in relation to an interpretation of certain provisions of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2.

[56] In that case, the Court concluded [at paragraph 52] that a “persistent discord” amongst labour arbitrators in respect of the interpretation of a particular provision of that legislation required the Court to review and resolve the interpretative issue by reference to the standard of correctness.

[57] As more fully addressed later in these reasons, there is disagreement, particularly at the Federal Court level, as to the causal connection requirements of the phrase “arose out of or was directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act*. Thus, I conclude that the logic applied by this Court in *Atomic Energy of*

— par contraste marqué avec l’application de ces degrés de causalité, une fois discernés. Je suis d’avis que le juge judiciaire est mieux à même de remplir cette mission.

[53] La compétence spécialisée du Tribunal à l’égard de ce type de question d’interprétation se démarque nettement de la compétence spécialisée que bon nombre de tribunaux acquièrent relativement à l’interprétation de dispositions techniques de leur loi constitutive. Par exemple, lorsqu’il fixe les tarifs de fret relativement au grain de l’Ouest, l’Office des transports du Canada doit interpréter des mots ésotériques comme « indice des prix composite afférent au volume ». Il y a évidemment lieu de faire preuve d’une grande retenue à l’égard de cet office lorsqu’il interprète cette disposition de sa loi constitutive.

[54] Dans le même ordre d’idées, la partie V [articles 74 à 78] de la *Loi sur les pensions* prévoit des ajustements annuels des pensions et des allocations en fonction de différents facteurs prévus dans cette partie de la Loi. Lorsque le Tribunal interprète et applique les facteurs sur lesquels se fondent ces ajustements annuels, il y a lieu de faire preuve d’une grande retenue.

[55] De plus, par l’arrêt récent *Wilson c. Énergie atomique du Canada limitée*, 2015 CAF 17, [2015] 4 R.C.F. 468, le juge Stratas a conclu que la norme de la décision correcte avait été appliquée à juste titre lors de l’examen de la décision d’un arbitre du travail concernant une interprétation de certaines dispositions du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2.

[56] À l’occasion de cette affaire, la Cour a conclu [au paragraphe 52] qu’un « désaccord persistant » entre arbitres du travail concernant l’interprétation d’une certaine disposition de cette loi exigeait que la Cour examine et réponde à la question d’interprétation en fonction de la norme de la décision correcte.

[57] Comme je le discuterai plus en détail ultérieurement dans les présents motifs, il y a une controverse, en particulier au sein de la Cour fédérale, quant à savoir quelles exigences de causalité précises correspondent aux mots « consécutive ou rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)(a) de la *Loi sur les pensions*. J’en conclus

Canada Limited provides further support for my selection of the correctness standard of review with respect to the interpretative issue.

[58] In *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, Moldaver J. states, at paragraph 33:

The answer, as this Court has repeatedly indicated since *Dunsmuir*, is that the resolution of unclear language in an administrative decision maker’s home statute is usually best left to the decision maker. That is so because the choice between multiple reasonable interpretations will often involve policy considerations that we presume the legislature desired *the administrative decision maker* — not the courts — to make. Indeed, the exercise of that interpretative discretion is part of an administrative decision maker’s “expertise”. [Emphasis added; italics in original.]

[59] This passage indicates that there can be cases in which the standard of correctness is properly applicable with respect to the interpretation of the “home statute” of a tribunal. And, for the reasons that I have given, I conclude that this is one of those cases. Accordingly, with respect, I am of the view that the Federal Court Judge erred in his determination that the standard of review with respect to the interpretative issue is reasonableness and not correctness.

[60] Nonetheless, I recognize that the “[r]easonableness is the presumptive standard of review when a tribunal is interpreting its home statute or a statute closely connected to its function and with which it will have particular familiarity” (*Canadian Artists’ Representation v. National Gallery of Canada*, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197, at paragraph 13). Accordingly, I will also review the interpretative issue on the standard of reasonableness, in the event that I have erred in my identification of correctness as the applicable standard.

donc que le raisonnement appliqué par la Cour à l’occasion de l’affaire *Énergie atomique du Canada limitée* va d’autant dans le sens de ma décision de retenir la norme de la décision correcte relativement à la question d’interprétation.

[58] Dans l’arrêt *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, le juge Moldaver observe, au paragraphe 33 :

Comme l’a maintes fois rappelé notre Cour depuis l’arrêt *Dunsmuir*, mieux vaut généralement laisser au décideur administratif le soin de clarifier le texte ambigu de sa loi constitutive. La raison en est que le choix d’une interprétation parmi plusieurs qui sont raisonnables tient souvent à des considérations de politique générale dont on présume que le législateur a voulu confier la prise en compte *au décideur administratif* plutôt qu’à une cour de justice. L’exercice de ce pouvoir discrétionnaire d’interprétation relève en effet de l’« expertise » du décideur administratif. [Non souligné dans l’original; italique dans l’original.]

[59] Il ressort de ce passage qu’il peut y avoir des cas où la norme de la décision correcte est appliquée à juste titre relativement à l’interprétation de la « loi constitutive » d’un tribunal administratif. Et, par les motifs que j’ai exposés, je conclus que tel est le cas en l’espèce. En conséquence, soit dit avec déférence, je suis d’avis que le juge de la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu’il a conclu que la norme de contrôle applicable relativement à la question d’interprétation était celle de la décision raisonnable et non celle de la décision correcte.

[60] Néanmoins, je reconnais que la « norme de la décision raisonnable est présumée s’appliquer lorsqu’un tribunal administratif interprète sa loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » (*Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197, au paragraphe 13). En conséquence, j’examinerai aussi la question d’interprétation selon la norme de la décision raisonnable, dans l’éventualité où j’aurais commis une erreur en concluant que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte.

- B. What is the correct interpretation of the causal connection requirement of the phrase “arose out of or was directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act*?

[61] Having determined that the standard of review that must be applied to the interpretative issue is correctness, not reasonableness as found by the Federal Court Judge, I will “place myself into his shoes” and undertake a review of the issue of whether the Board’s interpretation of the phrase “arose out of or was directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act* was correct.

[62] As noted above, the Board interpreted this phrase as requiring an applicant for a disability pension, pursuant to paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act*, to establish that his or her military service was the primary cause of his or her claimed condition.

Position of the parties

[63] The appellant asserts that by virtue of this Court’s decision in *Frye*, the level of causal connection mandated by the phrase “arose out of or was directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act* should be interpreted as requiring an applicant to establish only that his or her military service was among the contributing causes of the claimed condition in issue. As such, the appellant asserts that the Board’s “primary cause” interpretation was incorrect.

[64] The respondent appeared to assert that the applicant’s military service must be established to be the primary cause of such claimed condition, and accordingly, the Board made no interpretative error.

Federal Court jurisprudence

[65] There is disagreement at the Federal Court level, particularly since this Court’s decision in *Frye*, as to

- B. Quelle est l’interprétation correcte de l’exigence de causalité correspondant aux mots « consécutive ou rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions*?

[61] Puisque j’ai conclu que la norme de contrôle qui doit être appliquée à la question d’interprétation est celle de la décision correcte, et non celle de la décision raisonnable comme l’avait conclu le juge de la Cour fédérale, je vais me « mettre à la place » de ce dernier et entreprendre l’examen de la question de savoir si l’interprétation que le Tribunal a faite des mots « consécutive ou rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions* était correcte.

[62] Comme je l’ai signalé précédemment, le Tribunal a interprété ces mots comme exigeant que l’auteur de la demande de pension d’invalidité faite en vertu de l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions* établisse que son service militaire avait été la cause principale de son affection alléguée.

Les thèses des parties

[63] L’appelante affirme qu’en raison de la jurisprudence *Frye* de notre Cour, les mots « consécutive ou rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions* doivent être interprétés comme exigeant seulement, en fait de degré de causalité, que le demandeur établisse que son service militaire a été une des causes contributives de l’affection alléguée dont il est question. Aussi, l’appelante soutient que l’interprétation du Tribunal aboutissant au critère de la « cause principale » est incorrecte.

[64] L’intimé semblait affirmer qu’il doit être établi que le service militaire de la personne qui présente la demande est la cause principale de l’affection alléguée, et que le Tribunal n’a donc commis aucune erreur d’interprétation.

La jurisprudence de la Cour fédérale

[65] Il y a désaccord au sein de la Cour fédérale, particulièrement depuis que la Cour a rendu l’arrêt *Frye*,

whether the primary cause level of causal connection is required by the phrase “arose out of or was directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act*. (See *John Doe v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 451, 249 F.T.R. 301; *Boisvert v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 735; and *Hall v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 1431.) And, because the Federal Court reviews decisions of the Board on this interpretative question, the divergence of views at the Federal Court level impacts upon decisions at the Board level.

Frye

[66] *Frye* is the only decision of this Court cited to us that provides an interpretation of the phrase “arose out of or was directly connected with”. It will be useful then to consider the circumstances of that case.

[67] Ms. Frye was the spouse of Corporal Lee Arnold Berger, a career soldier who was deployed in firefighting activities that required him to be “on duty” 24 hours of the day. On the day of his death, he had been fighting fires for 16 hours. That evening, he died from injuries suffered as a result of being struck by a large vehicle as he was walking back to his camp from a late night swim at a nearby lake. Ms. Frye applied for a pension, pursuant to paragraph 21(2)(b) of the *Pension Act*, on the basis that her husband’s death resulted from a fatal injury that “arose out of or was directly connected with” his military service.

[68] The Board interpreted the phrase “arose out of or was directly connected with” as requiring the establishment of a direct or immediate causal connection between Corporal Berger’s fatal injury and his military service. It concluded that his fatal injury was directly caused by the truck that struck him and that his recreational activities were not part of his military service.

[69] On judicial review, the Federal Court Judge agreed with the Board’s interpretation of the phrase “arose out of or was directly connected with” but held,

quant à savoir si les mots « consécutive ou rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions* exigent un degré de causalité correspondant au critère de la « cause principale » (voir *John Doe c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 451; *Boisvert c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 735; et *Hall c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 1431). Et, puisque la Cour fédérale examine les décisions du Tribunal relativement à cette question d’interprétation, la divergence d’opinions au sein de la Cour fédérale a des répercussions sur des décisions du Tribunal.

L’arrêt Frye

[66] L’arrêt *Frye* est le seul arrêt de la Cour qu’on nous a cité qui donne une interprétation des mots « consécuti[ve] ou rattaché[e] directement à ». Il est donc utile d’examiner les faits de cette affaire.

[67] M^{me} Frye était l’épouse du caporal Lee Arnold Berger, militaire de carrière, qui était déployé dans le cadre d’activités de lutte contre les incendies, ce qui l’obligeait à être [TRADUCTION] « de service » 24 heures par jour. Le jour de son décès, il avait combattu des feux pendant 16 heures. Ce soir-là, il est décédé des suites de blessures subies lorsqu’il a été frappé par un gros véhicule alors qu’il revenait à pied à son camp à la suite d’une baignade nocturne dans un lac situé non loin du camp. M^{me} Frye a demandé une pension, en vertu de l’alinéa 21(2)b) de la *Loi sur les pensions*, au motif que le décès de son époux résultait d’une blessure mortelle « consécutive ou rattachée directement [à] » son service militaire.

[68] Le Tribunal a interprété les mots « consécuti[ve] ou rattaché[e] directement à » comme exigeant l’établissement d’une causalité directe ou immédiate entre la blessure mortelle du caporal Berger et son service militaire. Il a conclu que la blessure mortelle du caporal Berger avait été causée directement par le camion qui l’avait frappé et que ses activités récréatives ne faisaient pas partie de son service militaire.

[69] Aux termes de la procédure en contrôle judiciaire, le juge de la Cour fédérale a retenu l’interprétation que le Tribunal avait faite des mots « consécuti[ve] ou

on a factual basis, that Corporal Berger's fatal injury was directly connected with his military service.

[70] This Court disagreed with the interpretation of the phrase "arose out of or was directly connected with" that was given by the Board and the Federal Court Judge. The Court found that the phrase encompassed two distinct *types* of causal connection, either of which, if established, would satisfy the required causal connection between the decedent's fatal injury and his or her military service.

[71] The Court agreed that the *type* of connection contemplated by the phrase "directly connected with" was a direct factual connection between the fatal injury and the decedent's military service. In the circumstances, being struck by the truck was the direct factual cause of Corporal Berger's fatal injury and that unfortunate event was not directly connected with his military service. As such, the Court agreed with the Board that the "directly connected with" element was not satisfied.

[72] The Court went on to conclude that a different *type* of causal connection between the fatal injury and the decedent's military service was contemplated by the phrase "arose out of". In other words, some kind of connection other than a direct or immediate one would be sufficient. While the Court did not offer a specific formulation of this *type* of acceptable non-direct causal connection, it did state that an acceptable causal connection would not extend so far as to include a mere temporal connection, such as simply serving in the armed forces at the time of the fatal injury.

[73] The Court went on to conclude that Corporal Berger's recreational swimming was, in some fashion, mandated by a military policy that required him to be relaxed, rested and fit for his continuing firefighting duties. As such, it followed that his engagement in this form of militarily-mandated recreational activity was a part of his military service. Thus, while this activity could not be said to have had a direct causal connection with Corporal Berger's fatal injury (which was directly caused by the truck), the Court nonetheless found that this activity had a non-direct causal connection with his

rattaché[e] directement à », mais il a conclu, compte tenu des faits, que la blessure fatale du caporal Berger était rattachée directement à son service militaire.

[70] Notre Cour a rejeté l'interprétation que le Tribunal et le juge de la Cour fédérale avaient donnée aux mots « consécuti[ve] ou rattaché[e] directement à ». Elle a conclu que l'expression visait deux types distincts de causalité, et que l'établissement de l'une ou de l'autre répondait à l'exigence de causalité entre la blessure mortelle du défunt et son service militaire.

[71] La Cour a retenu l'idée que le type de rattachement envisagé par les mots « rattachée directement à » était celui du lien direct entre la blessure mortelle et le service militaire du défunt. Dans les circonstances, le fait d'avoir été frappé par le camion constituait la cause directe de la blessure mortelle du caporal Berger, et cet événement malheureux n'était pas rattaché directement à son service militaire. Aussi, la Cour a convenu avec le Tribunal qu'il n'avait pas été satisfait au critère correspondant aux mots « rattachée directement à ».

[72] La Cour a ensuite conclu que les mots « consécutive à » évoquaient un type différent de causalité entre la blessure mortelle et le service militaire du défunt. Autrement dit, une certaine sorte de lien autre que direct ou immédiat serait suffisant. La Cour n'a pas proposé de formulation précise de ce type de causalité non directe acceptable, mais elle a observé qu'une causalité acceptable n'irait pas jusqu'à inclure un simple lien temporel, comme le simple fait d'être au service des forces armées au moment de la blessure mortelle.

[73] La Cour a ensuite conclu que la nage récréative du caporal Berger était, d'une certaine façon, requise par une politique militaire qui exigeait que le caporal Berger soit détendu, reposé et apte à reprendre ses activités de lutte contre les incendies. Il s'ensuivait donc que la participation du caporal Berger à cette forme d'activité récréative répondant à une exigence militaire faisait partie de son service militaire. Aussi, bien que cette activité ne puisse pas être considérée comme ayant eu une causalité directe avec la blessure mortelle du caporal Berger (qui avait été causée directement par le camion),

fatal injuries that was sufficient for the Court to conclude that those injuries “arose out of” his military service. In other words, Corporal Berger’s militarily-mandated swimming activities were the non-direct cause of his fatal injuries.

[74] In my view, *Frye* stands for the proposition that the causal connection between a fatal injury and the decedent’s military service that is required by the phrase “arose out of” in paragraph 21(2)(b) of the *Pension Act* can be satisfied by a non-direct causal connection.

Frye is distinguishable

[75] The decision in *Frye* teaches that the causal connection requirements of the phrase “arose out of or was directly connected with” can be satisfied by either of the two *types*: a direct causal connection or a non-direct causal connection. In reaching its decision, in my view, the Court found that Corporal Berger’s militarily-mandated recreational swimming activities were the non-direct cause of his fatal injury, and therefore his fatal injury “arose out of” his military service.

[76] In the instant circumstances, the record establishes that both the military factors and the personal factors have a direct causal connection with Ms. Cole’s claimed condition. Thus, unlike *Frye*, which dealt with a single non-direct causal connection between the fatal injury and the decedent’s military service, the issue in this case relates to the interpretation of “directly connected with” in circumstances involving *two* sets of distinct and directly connected causal factors.

Direct connection but multiple causes

[77] It must be recalled that an applicant for a disability pension, pursuant to paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act*, is required to establish that the claimed condition was causally connected to the applicant’s military service.

la Cour a néanmoins conclu que cette activité avait une causalité indirecte avec ses blessures mortelles qui était suffisante pour que la Cour conclue que ces blessures étaient « consécutives à » son service militaire. Autrement dit, les activités de natation du caporal Berger répondant à une exigence militaire avaient été la cause indirecte de ses blessures mortelles.

[74] À mon avis, la jurisprudence *Frye* enseigne qu’une causalité indirecte entre une blessure mortelle et le service militaire du défunt peut satisfaire à l’exigence de causalité qui correspond aux mots « consécutive [à] » à l’alinéa 21(2)b) de la *Loi sur les pensions*.

L’affaire Frye peut être distinguée de la présente affaire

[75] La jurisprudence *Frye* enseigne qu’il y a deux types de causalité qui peuvent satisfaire aux exigences de causalité correspondant aux mots « consécuti[ve] ou rattaché[e] directement à » : la causalité directe ou la causalité indirecte. Pour parvenir à sa décision, à mon avis, la Cour a conclu que les activités de natation du caporal Berger répondant à une exigence militaire avaient été la cause indirecte de sa blessure mortelle, et sa blessure mortelle avait donc été « consécutive à » son service militaire.

[76] Dans la présente affaire, il ressort du dossier que les facteurs militaires et les facteurs personnels ont une causalité directe avec l’affection alléguée de M^{me} Cole. Ainsi, à la différence de l’affaire *Frye*, où il était question d’un seul lien de causalité indirect entre la blessure mortelle et le service militaire du défunt, la question en litige en l’espèce tient à l’interprétation des mots « rattaché[e] directement à » dans un contexte où il y a deux ensembles de facteurs causaux distincts et rattachés directement.

Lien direct, mais causes multiples

[77] Il faut rappeler que le demandeur d’une pension d’invalidité en vertu de l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions* est tenu d’établir l’existence d’un lien de causalité entre son service militaire et l’affection alléguée.

[78] Thus, where the claimed condition is traceable to two direct causes, the interpretative issue is whether the phrase “directly connected with” requires the applicant to establish that his or her military service is the primary cause of that condition. In the circumstances of this appeal, the issue is whether Ms. Cole must establish that the military factors played a larger role in bringing about her major depression than the personal factors.

[79] In the present circumstances, this interpretation simply asks whether the military factors have a larger causal connection to the claimed condition than the personal factors. If the answer is affirmative, then the direct causal connection is established. If the answer is negative, then such connection is not established.

[80] Asked another way, in the circumstances of this appeal, in which both the military factors and the personal factors have a direct causal connection with the claimed condition, the question is whether the causal connection requirement in the phrase “directly connected with” can *only* be satisfied if the military factors are the larger of those two causes. In my view, the answer to this question is no. Consequently, I am of the view that the primary cause interpretation of the causal connection requirement in the phrase “directly connected with” is incorrect.

Textual, contextual and purposive interpretative analysis

[81] Issues of statutory interpretation regularly arise in income tax cases. In *Mathew v. Canada*, 2005 SCC 55, [2005] 2 S.C.R. 643, the Supreme Court, at paragraphs 42 and 43, provided the following guidance with respect to statutory interpretation:

There is an abiding principle of interpretation: to determine the intention of the legislator by considering the text, context and purpose of the provisions at issue. This applies to the Income Tax Act and the GAAR as much as to any other legislation.

[78] Aussi, lorsque l’affection alléguée peut être rattachée à deux causes directes, la question d’interprétation est celle de savoir si les mots « rattachée directement [à] » exigent que le demandeur établisse que son service militaire est la cause principale de cette affection. Dans les circonstances du présent appel, la question qui se pose est celle de savoir si M^{me} Cole doit établir que les facteurs militaires ont joué un rôle plus important que les facteurs personnels dans le développement de sa dépression majeure.

[79] Dans les présentes circonstances, il faut simplement rechercher si les facteurs militaires ont une causalité plus importante avec l’affection alléguée que les facteurs personnels. Si la réponse est affirmative, alors le lien de causalité direct a été établi. Si la réponse est négative, alors un tel lien n’est pas établi.

[80] Posée différemment, dans les circonstances du présent appel, où l’ensemble de facteurs militaires et l’ensemble de facteurs personnels présentent tous deux une causalité directe avec l’affection alléguée, la question est celle de savoir s’il peut être satisfait à l’exigence de causalité correspondant aux mots « rattachée directement [à] » seulement si l’ensemble de facteurs militaires constitue la plus importante de ces deux causes. À mon avis, la réponse à cette question est négative. Par conséquent, je suis d’avis que l’interprétation de l’exigence de causalité correspondant aux mots « rattachée directement [à] » qui conduit au critère de la cause principale est incorrecte.

Analyse interprétative textuelle, contextuelle et téléologique

[81] Les affaires d’impôt sur le revenu soulèvent régulièrement des questions d’interprétation des lois. À l’occasion de l’affaire *Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, [2005] 2 R.C.S. 643, aux paragraphes 42 et 43, la Cour suprême a donné les orientations suivantes concernant l’interprétation des lois :

Il existe un principe d’interprétation constant : il faut dégager l’intention du législateur en tenant compte du libellé, du contexte et de l’objet des dispositions en cause. Ce principe s’applique autant à la Loi de l’impôt sur le revenu et à la RGAÉ qu’à toute autre mesure législative.

We add this. While it is useful to consider the three elements of statutory interpretation separately to ensure each has received its due, they inevitably intertwine. For example, statutory context involves consideration of the purposes and policy of the provisions examined. And while factors indicating legislative purpose are usefully examined individually, legislative purpose is at the same time the ultimate issue — what the legislator intended. [Emphasis added.]

Textual consideration

[82] The text of the phrase “directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act* clearly requires a causal relationship of a factual nature between the applicant’s military service and his or her claimed condition. However, it does not stipulate any level or degree of causation. Accordingly, a textual analysis does not, in and of itself, validate the primary cause interpretation of this phrase.

Contextual consideration

[83] Both subsections 21(1) and (2) of the *Pension Act* permit awards of pensions in respect of deaths, injuries or diseases that arise out of or are directly connected with military service.

[84] As previously noted, paragraphs 21(1)(a) and (b) of the *Pension Act* apply in respect of wartime or special duty service and embody the so-called insurance principle referred to above. In that regard, some level of causal or temporal connection is required between the affliction and the military service to establish pension entitlement.

[85] In contrast, paragraphs 21(2)(a) and (b) of the *Pension Act* apply to afflictions arising in peace time military service in respect of which something less than the full insurance principle applies. In those circumstances, a higher degree of causal nexus between the affliction and the military service is required to establish pension entitlement.

Nous tenons à ajouter que, bien qu’il soit utile d’examiner séparément les trois éléments d’interprétation législative de manière à ce que chacun reçoive l’attention qu’il mérite, force est de constater que ces éléments sont inextricablement liés. Par exemple, en analysant le contexte législatif, il faut tenir compte des objets et de la politique générale des dispositions examinées. Et bien qu’il soit utile d’examiner individuellement les facteurs indiquant un objectif législatif, cet objectif législatif représente en même temps la question à laquelle il faut répondre en définitive, à savoir ce qu’a voulu le législateur. [Non souligné dans l’original.]

Examen textuel

[82] Les mots « rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions* exigent clairement un lien de causalité concret entre le service militaire du demandeur et son affection alléguée. Toutefois, ces mots n’évoquent aucun niveau ou degré de causalité en particulier. En conséquence, l’analyse textuelle ne valide pas, en elle-même, l’interprétation de ces mots qui conduit au critère de la cause principale.

Examen contextuel

[83] Selon les paragraphes 21(1) et (2) de la *Loi sur les pensions*, le juge peut accorder une pension à l’égard des décès, des blessures ou des maladies qui sont consécutifs ou rattachés directement au service militaire.

[84] Comme je l’ai signalé précédemment, les alinéas 21(1)a) et b) de la *Loi sur les pensions* jouent relativement au service en temps de guerre ou au service spécial, et ils donnent corps au « principe de l’assurance » signalé précédemment. À cet égard, un certain lien de causalité ou de lien temporel est requis entre l’affection et le service militaire pour que soit établi un droit à pension.

[85] Par contre, entrent dans les prévisions des alinéas 21(2)a) et b) de la *Loi sur les pensions* les affections qui se manifestent durant le service militaire en temps de paix, lesquels ne suivent pas pleinement le principe de l’assurance. Dans ces circonstances, un degré plus élevé de causalité entre l’affection et le service militaire est requis pour établir un droit à pension.

[86] Thus, it may be reasonably concluded that contextually considered, the phrase “directly connected with” is intended to require a higher degree of causal connection between the claimed condition and peace time military service than that required under subsection 21(1) of the *Pension Act*. However, that contextual comparison does not establish that the primary cause level of causation is necessarily mandated.

Purposive consideration

[87] In many instances, courts are presented with limited guidance when attempting to ascertain Parliament’s purpose in enacting a particular piece of legislation. However, in the present circumstances, the Court is specifically instructed, by section 2 of that Act and section 3 of the VRAB Act, as to how the Board and any reviewing court must interpret the provisions of the *Pension Act*.

[88] In my view, these provisions mandate an interpretation of the level of causal connection that is required by the phrase “directly connected with” that will facilitate, rather than impede, the awarding of pensions to members of the armed forces who have been disabled or have died as a result of military service.

[89] The primary cause, and the “but for” test referred to by the Federal Court Judge in paragraph 29 of his reasons, may well be consistent with the level of factual causation that is commonly applied in tort cases. However, adopting that ordinary civil standard of causation, in my view, is inconsistent with the parliamentary admonishments in section 2 of the *Pension Act* and section 3 of the VRAB Act.

[90] In my view, a lower level of causal connection than the “but for” test is required by the phrase “directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act*. Otherwise, these liberal interpretative admonishments would have no meaning in the circumstances

[86] Ainsi, l’on peut raisonnablement conclure que, d’après l’examen contextuel, les mots « rattachée directement [à] » sont censés exiger un degré plus élevé de causalité entre l’affection alléguée et le service militaire en temps de paix que ce qu’exige le paragraphe 21(1) de la *Loi sur les pensions*. Toutefois, cette comparaison contextuelle n’établit pas que le niveau de causalité requis est nécessairement celui de la cause principale.

Examen téléologique

[87] Dans bien des cas, les juges judiciaires ont peu de repères lorsqu’ils tentent de cerner l’intention qui animait le législateur au moment de promulguer un texte législatif donné. Toutefois, en l’espèce, des instructions précises sont données à la Cour par l’article 2 de la *Loi sur les pensions* et par l’article 3 de la Loi sur le TACRA, sur la manière dont le Tribunal et toute cour réformatrice doivent interpréter les dispositions de la *Loi sur les pensions*.

[88] À mon avis, ces dispositions appellent une interprétation du degré de causalité exigé par les mots « rattachée directement [à] » qui élargit, au lieu de restreindre, le droit à une pension des membres des forces armées qui sont devenus invalides ou qui sont décédés par suite de leur service militaire.

[89] Le critère de la cause principale, et le critère du facteur déterminant (aussi désigné par l’expression « n’eût été ») évoqué par le juge de la Cour fédérale au paragraphe 29 de ses motifs, correspondent peut-être bien au degré de causalité qui est généralement appliqué dans les affaires de responsabilité civile délictuelle. Toutefois, l’adoption de cette norme civile ordinaire en ce qui a trait à la causalité me paraît incompatible avec les directives que le législateur nous donne à l’article 2 de la *Loi sur les pensions* et à l’article 3 de la Loi sur le TACRA.

[90] À mon avis, les mots « rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions* exigent un degré de causalité inférieur à celui du critère du facteur déterminant. Autrement, l’appel à une interprétation libérale n’aurait aucun sens dans les circonstances de

under consideration. It follows, in my view, that an interpretation of the phrase “directly connected with” that requires that a pension applicant’s military service was the primary cause of his or her claimed condition is not only incorrect, but also unreasonable. The following example is illustrative of both the incorrectness and the unreasonableness of the primary cause interpretation.

[91] While recognizing that a condition such as major depression is complex and its causes are difficult to assess, much less with mathematical precision, if Ms. Cole’s personal factors were determined to have been 51 percent responsible for her major depression, it would follow that her military factors must have been 49 percent responsible. Thus, the “primary cause” of her claimed condition would not be her military service and her application would be dismissed.

[92] In my view, this result cannot be consistent with the purpose of the *Pension Act*, which is to ensure that our country honours its obligations to the women and men who serve in our armed forces and who have suffered injury, disease or death as a result.

What degree of causation is required to establish a direct causal connection?

[93] At the hearing, counsel for Ms. Cole asserted that any level or degree of causal connection between her claimed condition and her military service would be sufficient. Thus, we were urged to accept that if it could be shown that the military factors were 1 percent responsible for that claimed condition, a sufficient causal connection to ground pension entitlement would exist.

[94] In my view, such a minor degree of causal connection between a claimed condition and an applicant’s military service will not be sufficient.

[95] So, what level of causal connection greater than a mere possibility but less than the primary cause will be sufficient, having regard to the purpose that the *Pension Act* is intended to achieve?

l’espèce. Il s’ensuit, à mon avis, que l’interprétation des mots « rattachée directement [à] » qui exige que le service militaire d’un demandeur de pension ait été la cause principale de son affection alléguée est non seulement incorrecte, mais aussi déraisonnable. L’exemple suivant illustre à la fois qu’est incorrect et déraisonnable l’interprétation prônant le critère de la cause principale.

[91] Tout en reconnaissant qu’une affection comme une dépression majeure est complexe et que ses causes sont difficiles à apprécier — il n’est surtout pas question de précision mathématique — si l’on devait conclure que les facteurs personnels de M^{me} Cole avaient contribué à 51 p. 100 de sa dépression majeure, il s’ensuivrait que ses facteurs militaires auraient dû y contribuer à 49 p. 100. Ainsi, la « cause principale » de son affection alléguée ne serait pas son service militaire, et sa demande serait rejetée.

[92] À mon avis, cette solution ne peut pas être considérée comme compatible avec l’objet de la *Loi sur les pensions*, qui est d’assurer que notre pays honore ses obligations envers les femmes et les hommes qui ont servi au sein de nos forces armées et qui ont subi une blessure ou contracté une maladie ou sont décédés par suite de ce service.

Quel degré de causalité est exigé pour établir une causalité directe?

[93] À l’audience, l’avocat de M^{me} Cole a affirmé que n’importe quel niveau ou degré de causalité entre l’affection alléguée de M^{me} Cole et son service militaire serait suffisant. Ainsi, on nous a exhortés à admettre que s’il pouvait être démontré que les facteurs militaires avaient contribué à 1 p. 100 de cette affection alléguée, il existerait une causalité suffisante pour établir un droit à pension.

[94] À mon avis, un degré aussi faible de causalité entre une affection alléguée et le service militaire d’un demandeur ne serait pas suffisant.

[95] Dans ce cas, quel degré de causalité supérieur à une simple possibilité, mais inférieur à la cause principale serait suffisant, eu égard à l’objet que la *Loi sur les pensions* est censée réaliser?

[96] In paragraph 35 of his reasons, the Federal Court Judge stated:

It seems to me that the words “arising out of” and the overall context of the statute call for something more than some nexus or causal connection, and require that military service be the main or prevalent cause of the disease or injury, or at the very least a significant factor. Another way of putting it might be to say the injury or disease would not have occurred but for [emphasis added by de Montigny J.] the military service. [Emphasis added.]

The underlined portion of this passage indicates that the Federal Court Judge at least countenanced an interpretation in which the requisite level of causal connection might be lower than primary cause.

Significant factor

[97] Recognizing that there is no determinative authority on this issue and being mindful of the admonishments in section 2 of the *Pension Act* and section 3 of the VRAB Act that the provisions of the *Pension Act* are to be liberally construed and interpreted, I conclude that, for the purposes of establishing entitlement to a disability pension under paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act* on the basis that the claimed condition was “directly connected with” the applicant’s military service, the applicant must establish only a significant causal connection between the applicant’s claimed condition and his or her military service. In other words, a causal connection that is significant but less than primary will be sufficient. Thus, an applicant’s military service will provide a sufficient causal connection with his or her claimed condition, such that the claimed condition is “directly connected with” such military service, where he or she establishes that his or her military service was a significant factor in bringing about that claimed condition.

[98] Reverting to my earlier hypothetical, if military factors could somehow be demonstrated to have been 49 percent responsible for Ms. Cole’s claimed condition, in my view, those factors would clearly constitute a significant causal connection between her claimed condition and her military service that would be sufficient to establish the level of causal connection required

[96] Au paragraphe 35 de ses motifs, le juge de la Cour fédérale a observé :

Il me semble, que le terme « consécutive » et le contexte général de la loi exigent qu’il soit démontré davantage qu’un certain lien ou rapport causal, et que le service militaire doit être la cause principale ou prédominante de la maladie ou de la blessure, ou à tout le moins avoir joué un rôle significatif. On pourrait sans doute tout aussi bien dire qu’il doit être établi que la blessure ou la maladie ne serait pas survenue n’eût été [soulignement ajouté par le juge de Montigny] le service militaire. [Non souligné dans l’original.]

Il ressort de la partie soulignée de ce passage que le juge de la Cour fédérale a à tout le moins envisagé une interprétation suivant laquelle le degré requis de causalité pourrait être inférieur à celui de la cause principale.

Facteur important

[97] Je conclus, en reconnaissant qu’il n’y a aucune jurisprudence déterminante sur cette question, et en ayant à l’esprit les directives énoncées à l’article 2 de la *Loi sur les pensions* et à l’article 3 de la Loi sur le TACRA selon lesquelles les dispositions de la *Loi sur les pensions* doivent s’interpréter de façon libérale, que, pour établir le droit à une pension d’invalidité en vertu de l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions* au motif que l’affection alléguée était « rattachée directement au » service militaire du demandeur, le demandeur doit seulement établir une causalité importante entre son affection alléguée et son service militaire. Autrement dit, une causalité qui est importante, mais moins que principale, sera suffisante. Ainsi, le service militaire du demandeur présentera une causalité suffisante avec son affection alléguée pour que l’on puisse considérer que celle-ci est « rattachée directement [à] » ce service militaire lorsque le demandeur établit que son service militaire a été un facteur important dans le déclenchement de l’affection alléguée.

[98] Pour revenir à l’hypothèse que j’ai formulée précédemment, si l’on pouvait démontrer que les facteurs militaires avaient contribué à 49 p. 100 de l’affection alléguée de M^{me} Cole, ces facteurs constitueraient clairement, à mon avis, une causalité importante entre son affection alléguée et son service militaire, laquelle serait suffisante pour répondre au degré exigé par les mots

by the phrase “directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act*. That said, I am not suggesting that a percentage close to 49 percent will be required to establish a significant causal connection between the claimed condition and the applicant’s military service. Indeed, attempting to quantify levels of factual causation with mathematical precision borders on the theoretical.

[99] The existence of a significant causal connection in the context of an application for a disability pension under paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act* will be a question of fact. Those with expertise in fact-finding, in my view, will no doubt be able to recognize a significant factor when they see one. Indeed, it may be possible to identify a significant causal connection as simply one that is not insignificant. Moreover, it is not at all clear to me that it will be meaningfully more difficult for fact-finders with expertise to determine the existence of a significant causative factor than it has been for them to determine the existence of the primary causal factor.

C. Was the Board’s primary cause interpretation of the causal connection requirement of the phrase “arose out of or was directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act* unreasonable?

[100] As indicated above, it is my view that the interpretative issue is to be reviewed on the standard of correctness and I have done so.

[101] In the event that I am incorrect and the standard of review is reasonableness, I am of the view that the Board’s primary cause interpretation of the causal connection requirement in the phrase “directly connected with”, in paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act*, is unreasonable.

[102] The Board and the Federal Court Judge undertook no analysis to support the conclusion that the causal connection requirement of the phrase “directly connected with” was the primary cause. At the Federal Court level,

« rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions*. Cela dit, je ne dis pas qu’un pourcentage de près de 49 p. 100 sera nécessaire pour établir une causalité importante entre l’affection alléguée et le service militaire du demandeur. D’ailleurs, il n’est pas très réaliste de tenter de quantifier des degrés de causalité factuelle avec une précision mathématique.

[99] L’existence d’une causalité importante en matière de demande de pension d’invalidité aux termes de l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions* est une question de fait. À mon avis, ceux qui possèdent des compétences spécialisées en matière de recherche des faits sauront certainement reconnaître un facteur important lorsqu’ils le constateront. De fait, il serait possible de reconnaître un rapport causal important tout simplement comme celui qui n’est pas négligeable. En outre, je ne suis pas du tout certain qu’il est sensiblement plus difficile pour les personnes compétentes chargées d’enquêter sur les faits de déterminer l’existence d’un facteur causal important qu’il ne l’a été pour eux de déterminer l’existence du facteur causal principal.

C. L’interprétation par le Tribunal de l’expression « consécutive ou rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions* comme exigeant une causalité correspondant au critère de la cause principale était-elle déraisonnable?

[100] Comme je l’ai signalé précédemment, je suis d’avis que la question d’interprétation doit être contrôlée selon la norme de la décision correcte, et c’est ce que j’ai fait.

[101] Dans l’éventualité où j’aurais commis une erreur et que la norme de contrôle soit celle de la décision raisonnable, je suis d’avis que l’interprétation par le Tribunal des mots « rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)a) comme exigeant une causalité correspondant au critère de la cause principale est déraisonnable.

[102] Le Tribunal et le juge de la Cour fédérale n’ont entrepris aucune analyse au soutien de leur conclusion selon laquelle les mots « rattachée directement [à] » exigeaient une causalité correspondant au critère de la

the Federal Court Judge referred to his prior decision in *Boisvert* as having decided the question.

[103] In *McLean*, Justice Moldaver teaches that when questions of statutory interpretation are reviewed on a standard of reasonableness, the Court must show deference to and accept *any* reasonable interpretation of the provision adopted by the administrative decision maker, even if *other* reasonable interpretations exist.

[104] Thus, the question is whether the Board's primary cause interpretation is reasonable. With respect, in my view, it is not.

[105] In answering this question, *McLean* informs that the provision in issue must be construed using the textual, contextual and purposive analysis that is required in any exercise of statutory interpretation. Thus, in this case, the Board's primary cause interpretation will stand unless it is shown to be unreasonable, on the basis of such analysis.

Textual consideration

[106] As indicated previously, the phrase "directly connected with" contemplates a causal connection between the applicant's military service and his or her claimed condition. However, that phrase does not stipulate any particular degree of causal connection. As such, a textual analysis of that phrase does not establish that the primary cause test is unreasonable.

Contextual consideration

[107] The contextual consideration of this phrase that appears in paragraph 86 of these reasons, shows that Parliament intended to establish a higher level of causal connection requirement for subsection 21(2) pensions than for subsection 21(1) pensions. However, this contextual comparison does not signify any particular degree of causal connection for the phrase "directly connected

cause principale. À la Cour fédérale, le juge a conclu que la question avait été tranchée par sa propre jurisprudence *Boisvert*, qu'il avait lui-même rendue.

[103] Par l'arrêt *McLean*, le juge Moldaver enseigne que, lorsque des questions d'interprétation des lois sont examinées selon la norme de la raisonabilité, la Cour doit faire preuve de retenue à l'égard de toute interprétation raisonnable de la disposition adoptée par le décideur administratif, et elle doit confirmer cette interprétation, et ce, même s'il existe d'autres interprétations raisonnables.

[104] Ainsi, la question est celle de savoir si l'interprétation du Tribunal qui aboutit au critère de la cause principale est raisonnable. Je conclus, avec égards, que tel n'est pas le cas.

[105] Pour répondre à cette question, la jurisprudence *McLean* enseigne que la disposition en cause doit être interprétée au moyen de l'analyse textuelle, contextuelle et téléologique qui est prescrite s'impose lorsqu'il faut interpréter une loi. Aussi, en l'espèce, l'interprétation du Tribunal qui aboutit au critère de la cause principale sera retenue, à moins qu'il ne soit démontré qu'elle est déraisonnable, selon l'analyse susmentionnée.

Examen textuel

[106] Comme je l'ai mentionné précédemment, les mots « rattachée directement [à] » évoquent une causalité entre le service militaire du demandeur et son affection alléguée. Toutefois, ces mots n'évoquent aucun degré précis de causalité. Ainsi, l'analyse textuelle de ces mots n'établit pas que le critère de la cause principale est déraisonnable.

Examen contextuel

[107] Il ressort de l'examen contextuel de ces mots qui apparaît au paragraphe 86 des présents motifs que le législateur entendait exiger un degré de causalité plus élevé pour les pensions visées au paragraphe 21(2) que pour les pensions visées au paragraphe 21(1). Toutefois, cette comparaison contextuelle ne fait ressortir aucun degré de causalité précis à l'égard des mots « rattachée

with”. As such, a contextual consideration of this phrase does not establish that the primary cause test is unreasonable.

Purposive consideration

[108] As set forth above, Parliament has mandated that a liberal interpretation of the *Pension Act* must be given with a view to ensuring that our country’s obligation to members of the armed forces who have been disabled or have died as a result of military service may be fulfilled. In my view, this means that a lower level of causal connection than the ordinary civil standard of the “but for” test was intended by Parliament when it enacted the phrase “directly connected with”. It follows, in my view, that in adhering to the primary cause level of causation, the Board unreasonably interpreted the phrase “directly connected with”.

[109] My somewhat theoretical example in paragraph 91 of these reasons is a further illustration of the unreasonableness of the primary cause test. This is especially so in circumstances—such as those under consideration in this appeal—involving illnesses, the causes of which are difficult to diagnose with the degree of precision necessary to establish a primary cause.

[110] The significant cause level of causation that I have endorsed provides a flexible approach to the establishment of the requisite causal connection between military service and a claimed condition and is, in my view, fully consistent with the liberal interpretation admonishments contained in section 2 of the *Pension Act* and section 3 of the VRAB Act. This flexibility favourably distinguishes the significant cause interpretation from the primary cause interpretation.

[111] Accordingly, for these reasons, I am of the view that an interpretation of the phrase “directly connected with” in paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act* that requires an applicant to establish that his or her military service is the primary cause of his or her claimed condition is unreasonable, and a decision to deny the award

directement [à] ». Ainsi, il ne ressort pas de l’examen contextuel de ces mots que le critère de la cause principale est déraisonnable.

Examen téléologique

[108] Comme il a été exposé précédemment, le législateur exige que la *Loi sur les pensions* soit interprétée de façon libérale, afin d’assurer que notre pays honore ses obligations envers les membres des forces armées qui sont devenus invalides ou sont décédés par suite de leur service militaire. À mon avis, il s’ensuit que le législateur envisageait un degré de causalité inférieur à celui de la norme civile ordinaire du critère du facteur déterminant lorsqu’il a promulgué les mots « rattachée directement [à] ». Il s’ensuit, à mon avis, qu’en retenant le degré de causalité correspondant au critère de la cause principale, le Tribunal a interprété de manière déraisonnable les mots « rattachée directement [à] ».

[109] Mon exemple quelque peu théorique au paragraphe 91 des présents motifs illustre également le caractère déraisonnable du critère de la cause principale. Cela est particulièrement vrai dans des situations — comme celle dont il est question en l’espèce — relatives à des maladies dont les causes sont difficiles à cerner avec le degré de précision nécessaire pour établir une cause principale.

[110] Le degré de causalité de la cause importante que j’ai retenu permet une approche souple à l’égard de l’établissement de la causalité requise entre le service militaire et une affection alléguée, et, à mon avis, s’accorde parfaitement avec les exigences d’une interprétation libérale énoncées à l’article 2 de la *Loi sur les pensions* et à l’article 3 de la Loi sur le TACRA. Cette souplesse démarque favorablement l’interprétation conduisant au critère de la cause importante de l’interprétation conduisant au critère de la cause principale.

[111] En conséquence, par ces motifs, je suis d’avis que l’interprétation des mots « rattachée directement [à] » à l’alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions* qui exige qu’un demandeur établisse que son service militaire est la cause principale de son affection alléguée est déraisonnable, ainsi qu’une décision de refuser une

of a pension on the basis of such an interpretation is not within the range of reasonable outcomes of the decision-making process under consideration.

D. Did the Board err with respect to the application of evidence issue?

[112] Having concluded that the Board erred in its selection of the primary cause test to determine whether Ms. Cole's claimed condition was sufficiently causally connected to her military service, it is clear that the Board's decision to deny her application for a disability pension cannot stand.

DISPOSITION

[113] For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court Judge, dated March 31, 2014 and return the matter to the Board for re-determination in accordance with these reasons, with costs in the appeal and in the Federal Court.

WEBB J.A.: I agree.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[114] GAUTHIER J.A. (concurring reasons): I agree with my colleague Ryer J.A. that this appeal should be allowed and the matter returned to the Board for re-determination. However, I wish to comment briefly on some issues.

[115] With respect to the standard of review, I respectfully disagree that correctness is the standard to be applied to the Board's interpretation of paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act*. As my colleague acknowledges, the Supreme Court has stated that reasonableness is the presumptive standard of review where a tribunal is interpreting its home statute or a statute closely related to its

pension sur le fondement d'une telle interprétation, n'appartiennent pas aux issues raisonnables possibles du processus décisionnel en cause.

D. Le Tribunal a-t-il commis une erreur dans l'application de la loi aux éléments de preuve?

[112] Puisque j'ai conclu que le Tribunal avait commis une erreur dans le choix du critère de la cause principale pour établir s'il y avait un lien de causalité suffisant entre l'affection alléguée de M^{me} Cole et son service militaire, il est clair que la décision du Tribunal de refuser sa demande de pension d'invalidité ne peut être confirmée.

DÉCISION

[113] Par les motifs qui précèdent, j'accueillerai l'appel, j'infirmerai le jugement du juge de la Cour fédérale daté du 31 mars 2014, et je renverrai l'affaire au Tribunal pour que celui-ci rende une nouvelle décision en conformité avec les présents motifs, avec dépens devant notre Cour et devant la Cour fédérale.

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

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

[114] LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. (motifs concourants) : Comme mon collègue le juge Ryer, je suis d'avis que le présent appel doit être accueilli et que l'affaire devrait être renvoyée au Tribunal pour que celui-ci rende une nouvelle décision. Toutefois, je souhaite faire de brèves observations sur certaines questions.

[115] Pour ce qui concerne la norme de contrôle, en toute déférence, je ne puis retenir l'idée que la norme de la décision correcte soit la norme applicable à l'interprétation que le Tribunal a faite de l'alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions*. Comme mon collègue le reconnaît, la Cour suprême enseigne que la norme de la raisonabilité est présumée jouer lorsqu'un tribunal interprète sa loi

function. While *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, states that reviewing courts may rely on the standard of review articulated in prior jurisprudence which has determined that standard on the proper principles, the Court in *Frye v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 264, 338 N.R. 382, which applied correctness, did not have the benefit of the Supreme Court's subsequent teaching regarding the strength of the reasonableness presumption. I would add that since *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraph 48, we no longer apply old authorities on the standard of review but must instead follow the principles worked out in *Dunsmuir* and later jurisprudence. In view of that more recent jurisprudence, I am not persuaded that the presumption of reasonableness has been rebutted in this case.

[116] However, I agree with my colleague that when one properly applies the purposive and contextual method of statutory interpretation, the range of acceptable outcomes is narrow in the present case.

[117] The interpretation of paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act* required in this appeal is an extricable question of law. As explained by Ryer J.A., however, it is a narrow question in that it is not about the nature or type of relationship that is required between the injury and the disease and a claimant's military service. Rather, it is to determine when the relationship is sufficient to trigger the application of this provision when multiple factors are involved in the onset or aggravation of an injury or disease.

[118] There is no need to examine if and how the expressions "arose out of", "directly connected with" or "attributable to" in paragraph 21(1)(a) differ unless these expressions inform the question before us. In my view, they do not.

constitutive ou une loi étroitement reliée à sa mission. Bien que la Cour suprême enseigne, par la jurisprudence *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, que les cours réformatrices peuvent appliquer la norme de contrôle que la jurisprudence a déjà arrêtée en appliquant les principes appropriés, notre Cour, dans l'arrêt *Frye c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 264, où elle a appliqué la norme de la décision correcte, n'avait pas le bénéfice de l'enseignement subséquent de la Cour suprême concernant la force de la présomption d'assujettissement à la norme de la raisonnable. J'ajouterais que, depuis l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 48, nous n'appliquons plus l'ancienne jurisprudence portant sur la norme de contrôle, mais devons plutôt suivre les principes consacrés par l'arrêt *Dunsmuir* et par la jurisprudence subséquente. Compte tenu de cette jurisprudence plus récente, je ne suis pas convaincue que la présomption d'assujettissement à la norme de la décision raisonnable a été réfutée en l'espèce.

[116] Toutefois, je partage l'avis de mon collègue quant au fait que, lorsque l'on applique correctement la méthode téléologique et contextuelle d'interprétation des lois, les solutions acceptables en l'espèce sont peu nombreuses.

[117] L'interprétation de l'alinéa 21(2)a) de la *Loi sur les pensions* requise dans le présent appel est une question de droit qui peut être isolée. Comme le juge Ryer l'a expliqué, toutefois, il s'agit d'une question très précise, en ce sens qu'elle ne concerne pas la nature ou le type de rapport qui est requis entre la blessure et la maladie et le service militaire du demandeur. Il s'agit plutôt de rechercher à quel moment le rapport est suffisant pour faire jouer cette disposition lorsque des facteurs multiples ont contribué à causer ou à aggraver une blessure ou une maladie.

[118] Il n'est point besoin d'examiner en quoi sont différents, le cas échéant, les termes « consécutive [à] » et « rattachée directement [à] », ou « attribuable à » à l'alinéa 21(1)a), à moins que ces mots éclairent la question qui nous occupe en l'espèce. À mon avis, tel n'est pas le cas.

[119] It is not disputed that the scheme of the Act applies to an injury or disease that can “arise out” of or, as in this case, be “directly connected to” multiple factors that may or may not all be military service-related. But the wording of the provision before us, read in the overall context of the Act, gives us little indication as to the degree to which the factors that are indeed service-related must have been involved in the onset or aggravation of the disease to trigger the payment of any benefit.

[120] Hence, the purpose of the Act set out in section 2 of the *Pension Act* and section 3 of the VRAB Act become particularly important. I agree with Ryer J.A. that considering the number of multiple etiology diseases, particularly psychological and emotional disease where there is no reasonable scientific method of apportioning precisely degrees of causation, it is not possible to read into paragraph 21(2)(a) that compensation is only available if the service-related factors are the primary cause of the disease.

[121] The interpretation offered by Ryer J.A. ensures that the scheme of the Act is not rendered meaningless—insignificant service-related factors cannot be sufficient to trigger the compensation scheme. On the other hand, allowing the mechanism provided by paragraph 21(2)(a), when the service-related factors are significant to be triggered, gives effect to Parliament’s clear intention that this benefits scheme be liberally construed, so as to ensure that this country’s obligation towards members of the forces is met.

[122] The appellant raised a number of other issues directed to the application of this interpretation of paragraph 21(2)(a) of the *Pension Act* to the particular facts of this appeal. The panel of the Board which will re-determine this matter is best placed to address these issues.

[119] Il n’est pas controversé entre les parties que le régime de la Loi vise la blessure ou la maladie qui peut être « consécutive » ou, comme en l’espèce, « rattachée directement » à des facteurs multiples qui peuvent être reliés ou pas tous reliés au service militaire. Cependant, le libellé de la disposition dont il est ici question, lu dans le contexte global de la Loi, nous donne peu d’indications quant à savoir à quel degré les facteurs qui sont bel et bien reliés au service doivent avoir contribué à causer ou à aggraver la maladie pour qu’il y ait droit à pension.

[120] L’objet de la Loi énoncé à l’article 2 de la *Loi sur les pensions* et à l’article 3 de la Loi sur le TACRA devient donc particulièrement important. Je conviens avec le juge Ryer que, compte tenu du nombre de maladies à causes multiples, en particulier les maladies psychologiques ou émotionnelles pour lesquelles aucune méthode scientifique raisonnable ne permet d’attribuer précisément des degrés de causalité, il n’est pas possible d’interpréter l’alinéa 21(2)(a) comme disposant qu’une indemnité ne peut être accordée que si les facteurs reliés au service sont la cause principale de la maladie.

[121] L’interprétation proposée par le juge Ryer assure que le régime de la Loi n’est pas vide de sens — les facteurs négligeables reliés au service ne peuvent pas être considérés comme suffisants pour donner droit à une pension au titre du régime. En revanche, permettre au demandeur de se prévaloir du mécanisme prévu à l’alinéa 21(2)(a) lorsque les facteurs reliés au service sont importants donne effet à l’intention claire du législateur selon laquelle ce régime de prestations s’interprète de façon libérale, de manière à assurer que l’obligation de ce pays envers les membres des forces est remplie.

[122] L’appelante a soulevé plusieurs autres questions relatives à l’application de cette interprétation de l’alinéa 21(2)(a) de la *Loi sur les pensions* aux faits de la présente espèce. La formation du Tribunal qui rendra une nouvelle décision dans la présente affaire est la mieux placée pour instruire ces questions.

A-163-14
2015 FCA 56

A-163-14
2015 CAF 56

Information Commissioner of Canada (*Appellant*)

Commissaire à l'information du Canada (*appelante*)

v.

c.

Minister of National Defence (*Respondent*)

Ministre de la Défense nationale (*intimé*)

and

et

Information and Privacy Commissioner of Ontario (*Intervener*)

Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario (*intervenant*)

INDEXED AS: CANADA (INFORMATION COMMISSIONER)
v. CANADA (NATIONAL DEFENCE)

RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION)
c. CANADA (DÉFENSE NATIONALE)

Federal Court of Appeal, Noël C.J., Stratas and Scott J.J.A.—Ottawa, November 19, 2014 and March 3, 2015.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Noël et juges Stratas et Scott, J.C.A.—Ottawa, 19 novembre 2014 et 3 mars 2015.

Access to Information — Appeal from Federal Court decision dismissing appellant's judicial review of respondent's decision asserting, in response to request for records under Access to Information Act, 110-day extension — Lawyer acting for clients requesting from respondent access to records relating to sale of certain military assets — Pursuant to Act, s. 9(1), respondent extending 30-day time limit under s. 7 to deal with request — Lawyer subsequently filing complaint with appellant — After conducting investigation, appellant finding respondent breaching duty under Act, s. 4(2.1) since failing to make every effort to process lawyer's request in timely manner — Finding that respondent's asserted extension invalid since criteria for extension under Act, s. 9(1)(a) not all met, that time taken under s. 9(1)(b) unreasonably long — Also finding that given respondent's failure to respond to request within applicable time limit, respondent in state of deemed refusal pursuant to Act, s. 10(3) — In judicial review, appellant sought declaration that respondent in state of deemed refusal, order directing respondent to respond to access request within 30-day period — Since lawyer eventually obtaining access to requested documents, issue becoming moot before hearing — Federal Court exercising discretion to consider declaration request despite mootness — Concluding that, where government institution taking extension under Act, s. 9(1), institution will not enter state of deemed refusal unless failing to give access by date on which asserted extension expiring — Also holding that since respondent providing access to documents claimed within own deadlines asserted under Act, s. 9(1), Federal Court having no jurisdiction to issue declaration sought — Therefore, no need for Court to

Accès à l'information — Appel interjeté à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire faite par l'appelante d'une décision de l'intimé déclarant une prorogation de délai de 110 jours en réponse à une demande présentée en vertu de la Loi sur l'accès à l'information — Un avocat agissant pour ses clients a demandé l'accès à des documents de l'intimé relatifs à la vente de certains articles de matériel militaire — L'intimé a, conformément à l'art. 9(1) de la Loi, prorogé le délai de 30 jours mentionné à l'art. 7 pour traiter la demande — L'avocat a par la suite déposé une plainte auprès de l'appelante — Après avoir mené son enquête, l'appelante a conclu que l'intimé avait manqué à son obligation aux termes de l'art. 4(2.1) de la Loi, parce qu'il n'avait pas fait tous les efforts raisonnables pour donner suite à la demande de l'avocat en temps utile — L'appelante a jugé que la prorogation de délai décidée par l'intimé était invalide, car les critères relatifs à une prorogation fondée sur l'art. 9(1)a) n'étaient pas tous réunis et que le délai décidé au titre de l'art. 9(1)b) était déraisonnable — Elle a également conclu que comme aucune réponse n'avait été reçue dans les délais applicables de la part de l'intimé, le défaut de communication de celui-ci valait décision de refus de communication en vertu de l'art. 10(3) de la Loi — Dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire, l'appelante demandait un jugement déclarant que l'intimé était présumé avoir refusé la communication dans les délais prévus par la Loi, ainsi qu'une ordonnance enjoignant à l'intimé de répondre à la demande dans un délai de 30 jours — Comme l'intimé a communiqué les documents demandés à l'avocat, la question est devenue théorique avant la tenue de

decide reasonability of extension taken — Whether Federal Court having jurisdiction under Act, s. 42 to hear appellant's application; if so, whether extension respondent taking valid — Appellant offering correct interpretation of Act, s. 10(3) — Government institution having power pursuant to Act, s. 9 to extend time subject to certain conditions — If conditions under ss. 9(1)(a) and/or 9(1)(b) not satisfied, time not validly extended — Under Act, s. 10(3) deemed refusal arising whenever initial 30-day time limit imposed by Act, s. 7 expiring without access being given in circumstances where no legally valid extension taken — Thus, right to judicially review validity of extension arising pursuant to Act, ss. 41, 42 upon expiration of 30-day time limit subject to filing of complaint, completion of investigation report — Therefore, Federal Court having jurisdiction to entertain appellant's judicial review of respondent's extension, to consider validity thereof — In order to claim time extension under Act, s. 9(1)(a), government institution required to demonstrate that large number of documents involved but that work required to provide access within lesser period of time ultimately interfering with institution's operations — Same type of rational linkage must be made pursuant to Act, 9(1)(b) regarding necessary consultations — When English, French texts of Act, ss. 9(1)(a),(b) read together, texts contemplating in particular that extension be reasonable or justified in circumstances — In case at bar, respondent estimating time taken under s. 9(1)(b) using formula having deficient logic; treatment of matter falling short of establishing that serious effort or genuine attempt made to assess duration of extension — As such, extension respondent taking not meeting requirements of Act, s. 9(1) — Failure to meet requirements thereof sufficient to establish appellant's entitlement to declaration sought — Appeal allowed.

l'audience — La Cour fédérale a exercé son pouvoir discrétionnaire pour examiner malgré tout la demande de jugement déclaratoire malgré le caractère théorique de la question — La Cour fédérale a conclu que, lorsqu'une institution fédérale s'accorde une prorogation au titre de l'art. 9(1), elle n'est pas présumée avoir refusé la communication tant et aussi longtemps qu'elle n'est pas en défaut de communication à la date d'expiration de la prorogation décidée — Comme l'intimé a communiqué les documents demandés en respectant les délais qu'il s'était accordés au titre de l'art. 9(1), la Cour fédérale a déclaré ne pas avoir la compétence nécessaire pour rendre le jugement déclaratoire demandé — Par conséquent, la Cour n'avait pas à décider si la prorogation prise était raisonnable — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait compétence en vertu de l'art. 42 de la Loi pour entendre la demande de l'appelante et si, le cas échéant, la prorogation décidée par l'intimé était valide — La bonne interprétation de l'art. 10(3) de la Loi était celle présentée par l'appelante — Une institution fédérale peut exercer le pouvoir, conféré en vertu de l'art. 9 de la Loi, de proroger le délai, sous réserve de certaines conditions — Si les conditions énoncées aux art. 9(1)a) et/ou 9(1)b) ne sont pas respectées, la prorogation de délai n'est pas valable — En vertu de l'art. 10(3), une présomption de refus existe chaque fois que le délai de 30 jours initial imposé par l'art. 7 de la Loi expire sans qu'il y ait communication, dans les cas où la prorogation n'est pas légalement valide — Il s'ensuit que le droit de demander un contrôle judiciaire à l'égard de la validité d'une prorogation découle des art. 41 et/ou 42 à l'expiration du délai de 30 jours, dans la mesure où une plainte est déposée et un rapport d'enquête présenté — Par conséquent, la Cour fédérale avait compétence pour instruire la demande de contrôle judiciaire de l'appelante concernant la prorogation décidée par l'intimé et pour examiner la validité de cette prorogation — Pour qu'une institution fédérale puisse énoncer la prorogation retenue en vertu de l'art. 9(1)a), elle doit démontrer qu'un grand nombre de documents sont mis en cause, mais aussi que l'ampleur du travail requis pour donner accès aux documents dans tout délai considérablement moindre que celui établi entraverait le fonctionnement de l'institution — Le même type de lien rationnel devrait être fait relativement à l'art. 9(1)b) en ce qui concerne les consultations nécessaires — Lorsque les textes anglais et français des art. 9(1)a) et b) sont interprétés comme un tout, ces deux textes prévoient que la prorogation doit être raisonnable ou justifiée par les circonstances — En l'espèce, l'intimé a estimé le délai décidé au titre de l'art. 9(1)b) au moyen d'une formule qui repose sur une logique déficiente; son traitement de la question ne permet pas d'établir qu'un effort réel ou qu'une tentative réelle a été fait pour évaluer la durée de la prorogation — Par conséquent, la prorogation décidée par l'intimé ne satisfaisait pas aux exigences de l'art. 9(1) — Ce défaut suffisait pour établir le droit de l'appelante au jugement déclaratoire demandé — Appel accueilli.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant's application for judicial review of the respondent's decision asserting, in response to a request for records under the *Access to Information Act*, an extension of 1 110 days. A lawyer acting for his clients requested from the respondent access to records relating to the sale of certain military assets. The respondent notified the lawyer that, pursuant to subsection 9(1) of the Act, it was extending the 30-day time limit set out in section 7 by 1 110 days to deal with the request. In response, the lawyer communicated his intent thereto to file a complaint with the appellant, which he did. During the investigation, the respondent informed the appellant that 230 of the 1 110 days had been taken under paragraph 9(1)(a) of the Act to deal with the large number of records involved and that the remaining 880 days had been taken under paragraph 9(1)(b) to complete the necessary consultations with third parties. It also pointed out that 2 400 pages required review and consultation, in particular with government departments. Later, the appellant reported the results of her investigation to the respondent, finding that it had breached its duty under subsection 4(2.1) of the Act since it had failed to make every effort to process the request in a timely manner. The appellant also found that the respondent's asserted extension was invalid since the criteria for an extension under paragraph 9(1)(a) were not all met and the time taken under paragraph 9(1)(b) was unreasonably long. The appellant found that because the respondent had not responded to the request within the initial applicable time limit, it was in a state of deemed refusal pursuant to subsection 10(3) of the Act. The appellant recommended that the respondent commit to responding by a specified date but the respondent notified the appellant that it could not do so since the consultations in question were external and beyond its control.

In its judicial review, the appellant sought a declaration that the respondent was in a state of deemed refusal for having failed to give access within the time limits set out in the Act and an order directing the respondent to respond to the request within a 30-day period. About a month before the Federal Court hearing, the respondent gave the lawyer access to the requested documents. Because of this, it moved to dismiss the appellant's application claiming that the issue had become moot.

The Federal Court decided to exercise its discretion to consider the appellant's request for a declaration despite that the dispute was moot. As to the issue of whether it had jurisdiction pursuant to section 42 of the Act to issue the requested declaration, it concluded that, where a government institution takes an extension under subsection 9(1), it will not enter a state of deemed refusal unless and until it fails to give access

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire faite par l'appelante d'une décision de l'intimé de déclarer une prorogation de délai de 1 110 jours en réponse à une demande présentée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Un avocat agissant pour ses clients a demandé l'accès à des documents relatifs à la vente de certains articles de matériel militaire. L'intimé a avisé l'avocat que, conformément au paragraphe 9(1) de la Loi, il prorogeait le délai de 30 jours mentionné à l'article 7 de 1 110 jours pour traiter la demande. En réponse, l'avocat a fait part de son intention de déposer une plainte auprès de l'appelante, ce qu'il a fait. Au cours de l'enquête, l'intimé a informé l'appelante que 230 jours de prorogation de délai sur 1 110 jours étaient requis, au titre de l'alinéa 9(1)a) de la Loi, pour traiter le grand nombre de documents mis en cause et que les autres 880 jours étaient requis, au titre de l'alinéa 9(1)b), pour mener les consultations nécessaires auprès de tiers. L'intimé a également souligné que 2 400 pages devaient être examinées et faire l'objet de consultations, plus particulièrement auprès de ministères. Plus tard, l'appelante a informé l'intimé des résultats de son enquête, ayant conclu que l'intimé avait manqué à son obligation aux termes du paragraphe 4(2.1) de la Loi, parce qu'il n'avait pas fait tous les efforts raisonnables pour donner suite à la demande en temps utile. L'appelante a également conclu que la prorogation de délai décidée par l'intimé était invalide, car les critères relatifs à une prorogation fondée sur l'alinéa 9(1)a) n'étaient pas tous réunis et que le délai décidé au titre de l'alinéa 9(1)b) était déraisonnable. L'appelante a conclu que comme aucune réponse n'avait été reçue dans les délais initiaux applicables de la part de l'intimé, le défaut de communication valait décision de refus de communication en vertu du paragraphe 10(3) de la Loi. L'appelante a recommandé que l'intimé s'engage à répondre au plus tard à une date précise, mais l'intimé a informé l'appelante qu'il ne pouvait pas prendre un tel engagement, car les consultations en question étaient externes et échappaient à son contrôle.

Dans sa demande de contrôle judiciaire, l'appelante sollicitait un jugement déclarant que l'intimé était présumé avoir refusé la communication dans les délais prévus par la Loi, ainsi qu'une ordonnance enjoignant à l'intimé de répondre à la demande dans un délai de 30 jours. Environ un mois avant l'audience devant la Cour fédérale, l'intimé a communiqué les documents demandés à l'avocat. Pour cette raison, l'intimé a présenté une requête en rejet de la demande de l'appelante au motif que la question était devenue théorique.

Bien qu'elle reconnût que le litige était théorique, la Cour fédérale a décidé d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour examiner la demande de jugement déclaratoire de l'appelante. Quant à la question de savoir si elle avait compétence en vertu de l'article 42 de la Loi pour rendre le jugement déclaratoire demandé, la Cour fédérale a conclu que, lorsqu'une institution fédérale s'accorde une prorogation au titre du

by the date on which the asserted extension expires. Since the respondent provided access to the documents claimed within its own deadlines as asserted under subsection 9(1) of the Act, the Federal Court held that it had no jurisdiction to issue the declaration sought. Therefore, there was no need for it to decide whether the 110-day extension was reasonable.

The issues were whether the Federal Court had jurisdiction under section 42 of the Act to hear the appellant's application and, if it did, whether the extension taken by the respondent was valid.

Held, the appeal should be allowed.

A reading of subsection 10(3) of the Act which would prevent judicial review of an extension, as was proposed in this case, fell short of what Parliament intended. Part of the statutory scheme are the time limits set out in the Act which, when breached, give rise to a deemed refusal pursuant to subsection 10(3). Only two such limits exist: the 30-day time limit that arises by operation of section 7 following a request for access and the extended time limit that arises as a result of a notice of extension issued pursuant to section 9 of the Act. Based on the Federal Court's interpretation, the length of this last time limit would rest exclusively in the hands of the government institution asserting it and escape judicial review regardless of its duration. For the purpose of applying subsection 10(3) of the Act, construing subsection 9(1) as allowing for whatever period of time the institution may wish to take reads out of the Act the requirement that the extension be "reasonable ... having regard to the circumstances" and the criteria set out in paragraphs 9(1)(a) and 9(1)(b) thereof. Moreover, the extended time limit that the Federal Court accepts as falling within the time limits set out in the Act is not a time limit at all. If a government institution is free to choose the deadline of its choice, without regard to the statutory conditions set out in subsection 9(1), there are no limits on the deadline it may choose. The Federal Court's comparison of section 30 to sections 41 and 42 of the Act did not support its interpretation wherein it found that, had Parliament intended unreasonable time limits to be judicially reviewed, it would have set this out expressly as it did in subsection 30(1) regarding complaints. The appellant offered the correct interpretation of subsection 10(3). Section 7 of the Act requires a government institution to respond to an information request within 30 days. This requirement is subject to several exceptions, one of which is the power that may be exercised by a government institution pursuant to section 9 of the Act to extend the time. A government institution may avail itself of this power subject to certain conditions, one of which is that the period taken be reasonable when regard is had to the circumstances set out in paragraphs 9(1)(a) and/or 9(1)(b). If this

paragraphe 9(1), elle n'est pas présumée avoir refusé la communication tant et aussi longtemps qu'elle n'est pas en défaut de communication à la date d'expiration de la prorogation décidée. Comme l'intimé a communiqué les documents demandés en respectant les délais qu'il s'était accordés au titre du paragraphe 9(1) de la Loi, la Cour fédérale a déclaré ne pas avoir la compétence nécessaire pour rendre le jugement déclaratoire demandé. Par conséquent, la Cour n'avait pas à décider si la prorogation de 110 jours était raisonnable.

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait compétence en vertu de l'article 42 de la Loi pour entendre la demande de l'appelante et si, le cas échéant, la prorogation décidée par l'intimé était valide.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

Une interprétation du paragraphe 10(3) qui ferait obstacle au contrôle judiciaire d'une prorogation, comme il a été proposé en l'espèce, ne correspondait pas à l'intention du législateur. Les délais prévus par la présente loi constituent une partie du régime législatif. Ces délais, s'ils ne sont pas respectés, donnent lieu à une présomption de refus en vertu du paragraphe 10(3). Seuls deux délais sont mentionnés : le délai de 30 jours, visé à l'article 7, pour faire suite à une demande d'accès, et le délai prorogé qui découle de l'avis de prorogation donné en vertu de l'article 9. Selon l'interprétation de la Cour fédérale, la durée de ce dernier délai relève exclusivement de l'institution fédérale qui se prévaut de la prorogation et est soustraite au contrôle judiciaire, peu importe son ampleur. L'interprétation du paragraphe 9(1) aux fins de l'application du paragraphe 10(3) comme autorisant toute prorogation que l'institution souhaite s'accorder fait abstraction de l'exigence de la Loi selon laquelle la prorogation doit être « d'une période que justifient les circonstances » et des critères énoncés aux alinéas 9(1)(a) et 9(1)(b). De surcroît, le délai prorogé qui, selon la Cour fédérale, s'inscrit dans les délais prévus par la Loi, ne constitue nullement une limite de temps. Si une institution fédérale est libre de choisir l'échéance qui lui convient, sans égard aux conditions énoncées au paragraphe 9(1), aucune limite ne s'applique à cette échéance. La comparaison faite par la Cour fédérale entre l'article 30 et les articles 41 et 42 de la Loi ne lui était d'aucune utilité pour étayer son interprétation lui ayant permis de conclure que, si le législateur avait voulu que les délais déraisonnables soient susceptibles de contrôle judiciaire, il l'aurait mentionné expressément, comme il l'a fait au paragraphe 30(1) en ce qui a trait aux plaintes. La bonne interprétation du paragraphe 10(3) était celle présentée par l'appelante. L'article 7 de la Loi exige que les institutions fédérales répondent à une demande d'information dans un délai de 30 jours. Cette exigence est assujettie à plusieurs exceptions, l'une étant le pouvoir conféré aux institutions fédérales, en vertu de l'article 9 de la Loi, de proroger le délai. Une institution fédérale peut exercer ce pouvoir, sous réserve de certaines conditions,

condition is not satisfied, the time is not validly extended with the result that the 30-day time limit imposed by operation of section 7 remains the applicable limit. Thus, under subsection 10(3) of the Act, a deemed refusal arises whenever the initial 30-day time limit has expired without access being given in circumstances where no legally valid extension has been taken. As a result, a right to judicially review the validity of an extension arises pursuant to sections 41 and/or 42 upon the expiration of the 30-day time limit subject to a complaint being filed and an investigation report being completed. Therefore, the Federal Court had the jurisdiction to entertain the appellant's application for judicial review of the extension taken by the respondent and to consider the validity of the extension of time asserted thereby.

It is not enough for a government institution to simply assert the existence of a statutory justification for an extension and claim an extension of its choice. An effort must be made to demonstrate the link between the justification advanced and the length of the extension taken. In the case of paragraph 9(1)(a), this will mean not only demonstrating that a large number of documents are involved but that the work required to provide access within any materially lesser period of time than the one asserted would interfere with operations. The same type of rational linkage must be made pursuant to paragraph 9(1)(b) regarding necessary consultations. Read together, the English and the French version of these two texts contemplate that the extension be reasonable or justified in the circumstances and that a demonstration be made that unless the extension is taken, providing access will result in unreasonable or undue interference with the "operations of the government institution" in the case of paragraph 9(1)(a) and that it is not reasonable or practically possible to expect that the necessary consultations can be completed in the case of paragraph 9(1)(b). A government institution confronted with a request involving a great number of documents and/or necessitating broad consultation must make a serious effort to assess the required duration and the estimated calculation must be sufficiently rigorous, logical and supportable to pass muster under reasonableness review.

In the case at bar, the respondent originally claimed to have estimated the time taken under paragraph 9(1)(b) by using a formula which, on its face, had a deficient logic and fell short of demonstrating that a genuine attempt was made to assess the required duration. While the respondent later claimed that other variables were taken into account, it could not explain why, if such other variables were accounted for, they had no impact whatsoever on the amount of time required under the formula disclosed in its original explanation. This type of perfunctory treatment showed that the respondent acted as

dont celle que la prorogation soit raisonnable eu égard aux circonstances exposées aux alinéas 9(1)a) et/ou 9(1)b). Si cette condition n'est pas respectée, la prorogation de délai n'est pas valable et le délai de 30 jours imposé en application de l'article 7 demeure donc le délai applicable. Par conséquent, en vertu du paragraphe 10(3), une présomption de refus existe chaque fois que le délai de 30 jours initial expire sans qu'il y ait communication, dans les cas où la prorogation n'est pas légalement valide. Il s'ensuit que le droit de demander un contrôle judiciaire à l'égard de la validité d'une prorogation découle des articles 41 et/ou 42 à l'expiration du délai de 30 jours, dans la mesure où une plainte est déposée et un rapport d'enquête présenté. Par conséquent, la Cour fédérale avait compétence pour instruire la demande de contrôle judiciaire de l'appelante concernant la prorogation décidée par l'intimé et pour examiner la validité de cette prorogation.

Une institution fédérale ne peut pas simplement faire valoir l'existence d'une justification législative à l'appui d'une prorogation et énoncer la prorogation retenue. Elle doit s'efforcer de démontrer le lien entre la justification mise de l'avant et la durée de la prorogation qu'elle s'accorde. En ce qui concerne l'alinéa 9(1)a), cela signifie qu'il faut non seulement démontrer qu'un grand nombre de documents sont mis en cause, mais aussi que l'ampleur du travail requis pour donner accès aux documents dans tout délai considérablement moindre que celui établi entraverait le fonctionnement de l'institution. Le même type de lien rationnel devrait être fait relativement à l'alinéa 9(1)b) en ce qui concerne les consultations nécessaires. Interprétées comme un tout, les versions anglaise et française de ces deux textes prévoient que la prorogation doit être raisonnable ou justifiée par les circonstances et qu'il faut démontrer que, sans la prorogation, la communication des documents entraverait de manière déraisonnable ou indue le « fonctionnement de l'institution » dans le cas de l'alinéa 9(1)a), et qu'il n'est pas raisonnable, ou en pratique possible, de s'attendre à ce que les consultations nécessaires soient menées à bien, dans le cas de l'alinéa 9(1)b). Les institutions fédérales qui reçoivent une demande visant un grand nombre de documents ou nécessitant de vastes consultations doivent sérieusement s'employer à évaluer le délai requis et s'assurer que le calcul estimatif est suffisamment rigoureux, logique et soutenable pour tenir la route lors d'un examen de son caractère raisonnable.

En l'espèce, l'intimé a prétendu initialement avoir évalué le délai décidé au titre de l'alinéa 9(1)b) au moyen d'une formule qui reposait manifestement sur une logique déficiente et ne démontrait pas qu'une tentative réelle avait été faite pour évaluer la durée nécessaire. Bien que l'intimé ait par la suite déclaré que d'autres variables avaient été prises en compte, il ne pouvait pas expliquer pourquoi, si ces autres variables ont été comptabilisées, elles n'ont eu aucune incidence sur le temps nécessaire d'après la formule décrite dans son explication initiale. Ce type de traitement superficiel de la

though it was accountable to no one but itself in asserting its extension. Its treatment of the matter fell short of establishing that a serious effort was made to assess the duration of the extension. As such, the extension the respondent took did not meet the requirements of subsection 9(1) of the Act, which was sufficient to establish the appellant's entitlement to the declaration sought.

question démontre que l'intimé a agi comme s'il n'avait de comptes à rendre à personne d'autre qu'à lui-même lorsqu'il a décidé de la prorogation. Son traitement de la question ne permettait pas d'établir qu'un effort réel avait été fait pour évaluer la durée de la prorogation. Par conséquent, la prorogation décidée par l'intimé ne satisfaisait pas aux exigences du paragraphe 9(1) de la Loi, ce qui suffisait pour établir le droit de la commissaire au jugement déclaratoire demandé.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 4(2.1), 6, 7, 9, 10(3), 30, 32, 37(1), 41, 42.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31.

CASES CITED

NOT FOLLOWED:

Public Service Alliance of Canada v. Canada (Attorney General), 2011 FC 649, 391 F.T.R. 28; *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, 2002 FCT 136, [2002] 4 F.C. 110; *X v. Canada (Minister of National Defence)*, [1991] 1 F.C. 670, (1990), 41 F.T.R. 73 (T.D.).

APPLIED:

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs), [1989] 1 F.C. 3, (1988), 32 Admin. L.R. 265 (T.D.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs)*, [1990] 3 F.C. 514, (1990), 3 T.C.T. 5297 (T.D.); *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340.

REFERRED TO:

Borowski v. Canada (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; *Clearwater v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 1999 CanLII 8836, 177 F.T.R. 103 (F.C.T.D.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, [1990] 3 F.C. 22, (1990), 67 D.L.R. (4th) 585 (T.D.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006; *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, [2013] 1 C.T.C. 69; *Apotex Inc. v. Allergan Inc.*, 2012 FCA 308, 105 C.P.R. (4th) 371; *Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2014 FCA 250, 125 C.P.R. (4th) 81; *Statham v. Canadian Broadcasting Corporation*, 2010 FCA 315, [2012] 2 F.C.R. 421.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 4(2.1), 6, 7, 9, 10(3), 30, 32, 37(1), 41, 42.
Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS NON SUIVIES :

Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Procureur général), 2011 CF 649; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, 2002 CFPI 136, [2002] 4 C.F. 110; *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1991] 1 C.F. 670 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures), [1989] 1 C.F. 3 (1^{re} inst.); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures)*, [1990] 3 C.F. 514 (1^{re} inst.); *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340.

DÉCISIONS CITÉES :

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342; *Clearwater c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 1999 CanLII 8836 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1990] 3 C.F. 22 (1^{re} inst.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006; *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266; *Apotex Inc. c. Allergan Inc.*, 2012 CAF 308; *Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2014 CAF 250; *Statham c. Société Radio-Canada*, 2010 CAF 315, [2012] 2 R.C.F. 421.

AUTHORS CITED

Treasury Board of Canada. *Policy on Access to Information*, online: <<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-eng.aspx?id=12453>>.

APPEAL from a Federal Court decision (2014 FC 205, [2015] 2 F.C.R. 786) dismissing the appellant's application for judicial review of the respondent's decision asserting, in response to a request for records under the *Access to Information Act*, an extension of 110 days pursuant to subsection 9(1) of the Act. Appeal allowed.

APPEARANCES

Marlys Edwardh and *Daniel Sheppard* for appellant.

Diane Therrien and *Michael De Santis* for appellant.

Sharon Johnston for respondent.

William S. Challis for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

Sack Goldblatt Mitchell LLP, Toronto, and *Office of the Information Commissioner of Canada*, Gatineau, Quebec, for appellant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Information and Privacy Commissioner of Ontario, Toronto, for intervener.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NOËL C.J.: This is an appeal brought by the Information Commissioner of Canada (the Commissioner) from a decision of the Federal Court (2014 FC 205, [2015] 2 F.C.R. 786) wherein Kane J. (the Federal Court Judge) dismissed her application for judicial review of a decision by the Department of National Defence (DND) to assert, in response to a request for records under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act), an extension of 110 days.

DOCTRINE CITÉE

Conseil du Trésor du Canada. *Politique sur l'accès à l'information*, en ligne : <<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=12453>>.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2014 CF 205, [2015] 2 R.C.F. 786) qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire faite par l'appelante d'une décision de l'intimé de déclarer une prorogation de délai de 110 jours en réponse à une demande présentée en vertu du paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Appel accueilli.

ONT COMPARU

Marlys Edwardh et *Daniel Sheppard* pour l'appelante.

Diane Therrien et *Michael De Santis* pour l'appelante.

Sharon Johnston pour l'intimé.

William S. Challis pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Sack Goldblatt Mitchell LLP, Toronto, et *Commissariat à l'information du Canada*, Gatineau (Québec), pour l'appelante.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Toronto, pour l'intervenant.

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

[1] LE JUGE EN CHEF NOËL : La Cour est saisie d'un appel interjeté par la commissaire à l'information du Canada (la commissaire) à l'encontre de la décision (2014 CF 205, [2015] 2 R.C.F. 786) par laquelle la juge Kane de la Cour fédérale (la juge de la Cour fédérale) a rejeté sa demande de contrôle judiciaire d'une décision du ministère de la Défense nationale (le MDN) de déclarer une prorogation de délai de 110 jours en réponse à une demande présentée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi).

[2] The Information and Privacy Commissioner of Ontario (the intervener) was granted leave to intervene in the present appeal.

[3] At issue is whether the Federal Court has jurisdiction under section 42 of the Act to review a decision by a government institution under subsection 9(1) to extend the time limit set out in section 7. The Federal Court Judge answered this question in the negative.

[4] For the reasons that follow, I would propose that the appeal be allowed.

[5] The legislative provisions which are relevant to the analysis are set out in the Annex to these reasons.

BACKGROUND

[6] On February 3, 2011, a lawyer acting for his clients (the requester) requested from DND access to records relating to the sale of certain military assets.

[7] On March 4, 2011, DND notified the requester that, pursuant to subsection 9(1) of the Act, it was extending the 30-day time limit set out in section 7 by 1 110 days in order to deal with the request. In response, the requester communicated his intent to file a complaint with the Commissioner and proceeded to do so on or about March 22, 2011.

[8] On March 29, 2011, the Commissioner provided notice of her intention to investigate pursuant to section 32 of the Act. During the course of the investigation, DND informed the Commissioner that 230 of the 1 110 days had been taken under paragraph 9(1)(a) to deal with the large number of records involved and that the remaining 880 days had been taken under paragraph 9(1)(b) to complete the necessary consultations with third parties.

[2] Le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario (l'intervenant) a obtenu l'autorisation d'intervenir dans le présent appel.

[3] La question en litige est de savoir si la Cour fédérale a compétence, en vertu de l'article 42 de la Loi, pour examiner la décision d'une institution fédérale prise en application du paragraphe 9(1) de proroger le délai mentionné à l'article 7. La juge de la Cour fédérale a répondu à cette question par la négative.

[4] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'appel doit être accueilli.

[5] Les dispositions législatives pertinentes quant à l'analyse sont reproduites dans l'annexe jointe aux présents motifs.

CONTEXTE

[6] Le 3 février 2011, un avocat agissant pour ses clients (le demandeur) a demandé l'accès à des documents du MDN relatifs à la vente de certains articles de matériel militaire.

[7] Le 4 mars 2011, le MDN a avisé le demandeur que, conformément au paragraphe 9(1) de la Loi, il prorogait le délai de 30 jours mentionné à l'article 7 de 1 110 jours pour traiter la demande. En réponse, le demandeur a fait part de son intention de déposer une plainte auprès de la commissaire, ce qu'il a fait le 22 mars 2011 ou vers cette date.

[8] Le 29 mars 2011, la commissaire a donné avis de son intention de faire enquête, conformément à l'article 32 de la Loi. Au cours de l'enquête, le MDN a informé la commissaire que 230 jours de prorogation de délai sur 1 110 étaient requis, au titre de l'alinéa 9(1)a), pour traiter le grand nombre de documents mis en cause et que les autres 880 jours étaient requis, au titre de l'alinéa 9(1)b), pour mener les consultations nécessaires auprès de tiers.

[9] In May 2012, DND informed the Commissioner that it had identified 2 400 pages requiring review and consultation. DND also provided several reasons for the length of the extension taken, citing among other things the need to review the documents for matters of solicitor-client and litigation privilege, the occurrence of a major and unprecedented software malfunction in the department's access to information unit, and the need to consult with three government departments, being Public Works and Government Services Canada (PWGSC), the Department of Justice (DOJ), and the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT). DND advised that DFAIT might in turn be required to consult with foreign governments.

[10] On July 9, 2012, DND sent the relevant records to the three consulting departments. While PWGSC and DOJ provided a response to DND by August 15, 2012, DFAIT responded only on August 31, 2012, and notified DND that it would need another 120 days to complete its consultations.

[11] On October 18, 2012, the Commissioner reported the results of her investigation to DND. DND was found to have breached its duty under subsection 4(2.1) of the Act, as it failed to make every effort to process the request in a timely manner. DND's asserted extension was also found to be invalid, as the criteria for an extension under paragraph 9(1)(a) were not all met, and the time taken under paragraph 9(1)(b) was unreasonably long. Given the Commissioner's finding of invalidity, she concluded that the applicable time limit for meeting the requester's request remained March 4, 2011, 30 days past the point in time at which the original request had been made. Because no response had been received by that date, DND was found to have been in a state of deemed refusal pursuant to subsection 10(3) of the Act.

[12] The Commissioner recommended that DND commit to respond by February 28, 2013. On November 6, 2012, DND informed the Commissioner that it could not so commit, as the consultations in question were external and beyond its control.

[9] En mai 2012, le MDN a informé la commissaire que 2 400 pages devaient être examinées et faire l'objet de consultations. Le MDN a également fourni plusieurs raisons pour expliquer l'ampleur de la prorogation, mentionnant notamment la nécessité d'examiner les documents en raison de questions liées au secret professionnel de l'avocat et au privilège relatif au litige, le problème logiciel majeur et sans précédent dont avait été victime l'unité de l'accès à l'information et la nécessité de consulter trois ministères, à savoir Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC), le ministère de la Justice (Justice) et le ministère des Affaires extérieures et du Commerce international (MAECI). Le MDN a indiqué que le MAECI pourrait également devoir consulter des gouvernements étrangers.

[10] Le 9 juillet 2012, le MDN a envoyé les documents pertinents aux trois ministères menant des consultations. Le 15 août 2012, le MDN avait déjà reçu la réponse de TPSGC et de Justice, mais le MAECI n'a répondu que le 31 août 2012 en avisant le MDN qu'il lui faudrait 120 autres jours pour terminer ses consultations.

[11] Le 18 octobre 2012, la commissaire a informé le MDN des résultats de son enquête. Elle a conclu que le MDN avait manqué à son obligation aux termes du paragraphe 4(2.1) de la Loi, parce qu'il n'avait pas fait tous les efforts raisonnables pour donner suite à la demande en temps utile. La prorogation de délai décidée par le MDN a été jugée invalide, car les critères relatifs à une prorogation fondée sur l'alinéa 9(1)a) n'étaient pas tous réunis et que le délai décidé au titre de l'alinéa 9(1)b) était déraisonnable. Ayant conclu à l'invalidité de la prorogation, la commissaire a déclaré que la date de réponse pour répondre à la demande du demandeur demeurait le 4 mars 2011, soit 30 jours après le dépôt de la demande initiale. Comme aucune réponse n'avait été reçue à cette date, la commissaire a conclu que le défaut de communication du MDN valait décision de refus de communication en vertu du paragraphe 10(3) de la Loi.

[12] La commissaire a recommandé que le MDN s'engage à répondre au plus tard le 28 février 2013. Le 6 novembre 2012, le MDN a informé la commissaire qu'il ne pouvait pas prendre un tel engagement, car les consultations en question étaient externes et échappaient à son contrôle.

[13] On January 11, 2013, acting under section 42 of the Act, the Commissioner filed an application for judicial review in Federal Court. The Commissioner sought a declaration that DND was in a state of deemed refusal for having failed to give access within the time limits set out in the Act and an order directing DND to respond to the request within a 30-day period.

[14] On September 11, 2013, 27 days before the Federal Court hearing, DND gave the requester access to the requested documents. Given this development, DND moved to dismiss the Commissioner's application on the basis that the underlying issue had become moot.

[15] The motion to dismiss was heard on October 8, 2013, in conjunction with the judicial review application.

DECISION OF THE FEDERAL COURT

[16] By decision rendered on March 3, 2014, the Federal Court Judge disposed of both the motion to dismiss and the judicial review application. Though she agreed that the dispute was moot, consideration of the factors set out in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, led her to exercise her discretion to nevertheless consider the Commissioner's request for a declaration.

[17] Before considering the reasonableness of the extension taken by DND, the Federal Court Judge first considered whether the Federal Court had jurisdiction pursuant to section 42 of the Act to issue the requested declaration.

[18] According to the Federal Court Judge, the answer to this question turned on whether and when a time extension taken by a government institution pursuant to subsection 9(1) of the Act can amount to a deemed refusal under subsection 10(3). Because the Federal Court's jurisdiction is limited to instances of refusal (sections 41 and 42), a deemed refusal is the only route by which to challenge a government institution which

[13] Le 11 janvier 2013, la commissaire a, conformément à l'article 42 de la Loi, déposé une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. Elle demandait un jugement déclarant que le MDN était présumé avoir refusé la communication dans les délais prévus par la Loi, ainsi qu'une ordonnance enjoignant au MDN de répondre à la demande dans un délai de 30 jours.

[14] Le 11 septembre 2013, soit 27 jours avant l'audience devant la Cour fédérale, le MDN a communiqué les documents demandés au demandeur. Le MDN a par la suite présenté une requête en rejet de la demande de la commissaire au motif que la question sous-jacente était devenue théorique.

[15] La requête en rejet a été entendue le 8 octobre 2013, conjointement avec la demande de contrôle judiciaire.

DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[16] Dans une décision rendue le 3 mars 2014, la juge de la Cour fédérale a statué tant sur la requête en rejet que sur la demande de contrôle judiciaire. Bien qu'elle reconnaissait que le litige était théorique, l'examen des facteurs énoncés dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, l'a amené à exercer son pouvoir discrétionnaire pour examiner malgré tout la demande de jugement déclaratoire de la commissaire.

[17] Avant d'examiner le caractère raisonnable de la prorogation décidée par le MDN, la juge de la Cour fédérale s'est d'abord demandé si la Cour fédérale avait compétence en vertu de l'article 42 de la Loi pour rendre le jugement déclaratoire demandé.

[18] Selon la juge de la Cour fédérale, pour répondre à cette question, il fallait chercher à savoir si et quand une prorogation prise par une institution fédérale en vertu du paragraphe 9(1) de la Loi peut être assimilable à une présomption de refus aux termes du paragraphe 10(3). Comme la compétence de la Cour fédérale se limite aux cas de refus (articles 41 et 42), la présomption de refus est le seul moyen de contester la prorogation

extends the time under subsection 9(1), without actually refusing to provide the requested records.

[19] The Federal Court Judge ultimately concluded that, where a government institution takes an extension under subsection 9(1), it will not enter a state of deemed refusal unless and until it fails to give access by the date on which the asserted extension expires (reasons, at paragraphs 97 to 99).

[20] The Federal Court Judge supported this conclusion on several grounds. First, she pointed to the language of the Act. Under section 7 of the Act, the head of a government institution has 30 days to respond to an access request. Subsection 9(1) of the Act allows for the extension of this 30-day limit “for a reasonable period of time, having regard to the circumstances”. Subsection 10(3) of the Act deems a refusal to have taken place where the records requested are not provided within the time limits provided by the Act. According to the Federal Court Judge, this last provision provides in effect that “where there is no outright notice of refusal, if the requested records are not provided within 30 days or within the period of time claimed as an extension under section 9, there is a deemed refusal” (reasons, at paragraph 66).

[21] The Federal Court Judge also contrasted the language in section 30 of the Act with that in sections 41 and 42. Section 30, in setting out when the Commissioner shall investigate complaints, distinguishes between complaints following a refusal of access (paragraph 30(1)(a)) and those following an asserted extension that the requester believes to be unreasonable (paragraph 30(1)(c)). Sections 41 and 42, however, in setting out the grounds for judicial review, speak only of refusals. Had Parliament intended to grant the Federal Court jurisdiction to review the reasonableness of extensions, it would have done so expressly, as it did in setting out the grounds for complaints to the Commissioner (reasons, at paragraphs 96, 105 and 106). Read together, the provisions make it clear that, ultimately, the only remedy available for an allegedly unreasonable extension is to invite the Commissioner to investigate, make

que veut s'accorder une institution fédérale en vertu du paragraphe 9(1), lorsque celle-ci ne refuse pas à proprement parler de communiquer les documents demandés.

[19] La juge de la Cour fédérale a conclu que, lorsqu'une institution fédérale s'accorde une prorogation au titre du paragraphe 9(1), elle n'est pas présumée avoir refusé la communication tant et aussi longtemps qu'elle n'est pas en défaut de communication à la date d'expiration de la prorogation décidée (aux paragraphes 97 à 99 des motifs).

[20] La juge de la Cour fédérale a mentionné plusieurs motifs à l'appui de cette conclusion. Premièrement, elle a invoqué le libellé de la Loi. Aux termes de l'article 7 de la Loi, le responsable de l'institution fédérale dispose de 30 jours pour répondre à une demande d'accès. Le paragraphe 9(1) de la Loi permet de proroger ce délai de 30 jours « d'une période que justifient les circonstances ». Le paragraphe 10(3) de la Loi dispose que le défaut de communiquer les documents demandés dans les délais prévus par la Loi vaut décision de refus de communication. Selon la juge de la Cour fédérale, cette dernière disposition prévoit en effet que « lorsqu'il n'y a pas eu avis de refus catégorique de communication, le défaut de communication des documents demandés dans le délai de 30 jours ou avant l'expiration du délai prorogé en vertu de l'article 9, vaut décision de refus de communication » (au paragraphe 66 des motifs).

[21] La juge de la Cour fédérale a également comparé le libellé de l'article 30 de la Loi avec celui des articles 41 et 42. L'article 30, qui énonce quand le commissaire doit enquêter sur des plaintes, établit une distinction entre les plaintes suivant un refus de communication (alinéa 30(1)a)) et les plaintes relatives à une prorogation que le demandeur estime être excessive (alinéa 30(1)c)). Cependant, les articles 41 et 42, qui énoncent les motifs de contrôle judiciaire, traitent uniquement des refus. Si le législateur avait voulu accorder à la Cour fédérale la compétence nécessaire pour se prononcer sur le caractère raisonnable des prorogations, il l'aurait fait de manière expresse, comme il l'a fait à l'égard de la commissaire en mentionnant les motifs de plaintes (aux paragraphes 96, 105 et 106 des motifs). Interprétées comme un tout, les dispositions indiquent clairement que le seul recours possible en cas

recommendations to the government institution concerned and, if necessary, make note of the behaviour in her annual or special report (reasons, at paragraphs 105 and 109).

[22] The Federal Court Judge further based her conclusion on several earlier Federal Court decisions. She relied in particular on *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 649, 391 F.T.R. 28 (PSAC) wherein Beaudry J. stated (at paragraph 21):

In my view, there can be no refusal and therefore no review pursuant to section 41 of the Act until the deadline for processing a request has passed. The language of the Act clearly limits this Court's jurisdiction to the review of refusals, whether actual or deemed, and leaves no room for the review of extensions.

[23] The Federal Court Judge also cited another Federal Court decision (*Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, 2002 FCT 136, [2002] 4 F.C. 110 (*Attorney General*)) wherein Kelen J. held that (at paragraph 26):

In the case at bar, the time limit for giving access has been extended to three years and that time period has not yet passed. Accordingly, there is no "deemed refusal to give access" since the government institution has not refused to give access within the extended time limit.

[24] The Federal Court Judge took note of two other Federal Court decisions which, according to the Commissioner, went the other way (reasons, at paragraph 89, citing *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs)*, [1989] 1 F.C. 3 (T.D.) (*External Affairs I*) and *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs)*, [1990] 3 F.C. 514 (T.D.) (*External Affairs II*)), but held nevertheless that the jurisprudence has not been shown to be inconsistent (reasons, at paragraph 101).

[25] The Federal Court Judge further supported her conclusion on the basis of policy reasons. If the Commissioner's position were accepted, the asserted

de prorogation jugée abusive est de demander au commissaire de faire enquête, de formuler des recommandations à l'institution fédérale et, s'il y a lieu, de signaler le comportement dans son rapport annuel ou un rapport spécial (aux paragraphes 105 et 109 des motifs).

[22] La juge de la Cour fédérale a aussi fondé sa conclusion sur différentes décisions de la Cour fédérale. Elle a notamment invoqué la décision *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 649 (AFPC) dans laquelle le juge Beaudry a déclaré (au paragraphe 21) :

À mon sens, il ne peut y avoir de refus, ni, par conséquent, de révision au titre de l'article 41 de la Loi avant que n'expire le délai de traitement de la demande de communication. Le libellé de la Loi limite clairement la compétence de révision de la Cour aux refus, réels ou présumés, et n'admet pas la révision des prorogations.

[23] La juge de la Cour fédérale a également cité une autre décision de la Cour fédérale, *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, 2002 CFPI 136, [2002] 4 C.F. 110 (*Procureur général*), dans laquelle le juge Kelen a déclaré ce qui suit (au paragraphe 26) :

En l'espèce, le délai de communication a été prorogé à trois ans et ce délai n'est pas encore écoulé. Il n'y a donc aucune « présomption de refus de communication » puisque l'institution fédérale n'a pas refusé de communiquer les documents dans le délai prorogé.

[24] La juge de la Cour fédérale a tenu compte de deux autres décisions de la Cour fédérale qui, selon la commissaire, allaient dans le sens contraire (au paragraphe 89 des motifs, où elle cite la décision *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures)*, [1989] 1 C.F. 3 (1^{re} inst.) (*Affaires extérieures I*) et la décision *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures)*, [1990] 3 C.F. 514 (1^{re} inst.) (*Affaires extérieures II*)), mais a néanmoins jugé que rien ne permet d'affirmer que la jurisprudence est contradictoire (au paragraphe 101 des motifs).

[25] La juge de la Cour fédérale a également fondé sa conclusion sur des raisons de principe. Si la thèse de la commissaire était acceptée, la prorogation décidée aurait

extension would have been held to be invalid and DND would therefore have been deemed to have refused access following the expiry of the 30-day time limit provided for under section 7 of the Act. In the Federal Court Judge's view, such a decision would not necessarily have sped up the provision of the requested records in the case at bar (reasons, at paragraph 112). Moreover, the Court might not be best positioned to determine what the appropriate time to comply would be (reasons, at paragraph 112). Finally, DND would be required to respond at once to both the judicial review application and the access request, potentially "duplicat[ing] efforts and spread[ing] resources even thinner" (reasons, at paragraph 112). According to the Federal Court Judge, if government institutions are to make the 30-day time limit without extensions, they will simply need greater resources (reasons, at paragraphs 126 to 127).

[26] As DND provided access to the documents claimed within its own deadlines as asserted under subsection 9(1), the Federal Court Judge held that she had no jurisdiction to issue the declaration sought. Hence, there was no need for the Court to decide whether the 110-day extension was reasonable (reasons, at paragraph 122).

POSITION OF THE APPELLANT

[27] The Commissioner argues that an extension under section 9 of the Act represents a conditional exception to the 30-day time limit set out in section 7 (Commissioner's memorandum, at paragraphs 42, 45, and 51). Where a government institution asserts an extension under section 9, but fails to meet the conditions, the extension is void *ab initio* (Commissioner's memorandum, at paragraph 63). One of the conditions under section 9 is that the extension be for "a reasonable period of time, having regard to the circumstances" (Commissioner's memorandum, at paragraphs 42, 45, and 51).

[28] Subsection 10(3) provides that a deemed refusal occurs where a government institution fails to give

été jugée invalide et le MDN aurait été réputé avoir refusé la communication à l'expiration du délai de 30 jours mentionné à l'article 7 de la Loi. Or, de l'avis de la juge de la Cour fédérale, une telle décision n'aurait pas nécessairement eu pour effet d'accélérer la communication des documents demandés en l'espèce (au paragraphe 112 des motifs). Par ailleurs, la Cour n'est peut-être pas l'organisme le mieux placé pour se prononcer sur ce qui constitue un délai approprié (au paragraphe 112 des motifs). Enfin, le MDN serait tenu de répondre immédiatement à la demande de contrôle judiciaire et à la demande d'accès, ce qui serait susceptible de l'obliger à « redoubler ses efforts et à répartir encore plus parcimonieusement les ressources judiciaires » (au paragraphe 112 des motifs). Selon la juge de la Cour fédérale, si les institutions fédérales sont tenues de respecter le délai de 30 jours sans prorogation, elles auront tout simplement besoin de plus de ressources (aux paragraphes 126 et 127 des motifs).

[26] Comme le MDN a communiqué les documents demandés en respectant les délais qu'il s'était accordés au titre du paragraphe 9(1), la juge de la Cour fédérale a déclaré ne pas avoir la compétence nécessaire pour rendre le jugement déclaratoire demandé. Par conséquent, la Cour n'avait pas à décider si la prorogation de 110 jours était raisonnable (au paragraphe 122 des motifs).

THÈSE DE L'APPELANTE

[27] La commissaire fait valoir qu'une prorogation décidée en vertu de l'article 9 de la Loi représente une exception conditionnelle au délai de 30 jours mentionné à l'article 7 (aux paragraphes 42, 45 et 51 du mémoire de la commissaire). Lorsqu'une institution fédérale décide une prorogation en vertu de l'article 9, mais omet de respecter les conditions, la prorogation est nulle *ab initio* (au paragraphe 63 du mémoire de la commissaire). L'une des conditions mentionnées à l'article 9 est que la prorogation soit d'une « période que justifient les circonstances » (aux paragraphes 42, 45 et 51 du mémoire de la commissaire).

[28] Le paragraphe 10(3) dispose que l'institution fédérale qui ne communique pas les documents

access to a requested record “within the time limits set out in [the] Act”. Read together, sections 7 and 9 set out these time limits (Commissioner’s memorandum, at paragraph 61). A deemed refusal will therefore occur after 30 days if a government institution has given neither an actual refusal nor access in response to a request and has taken no valid extension (Commissioner’s memorandum, at paragraphs 49 and 63).

[29] The Commissioner argues that the Federal Court Judge erred in her comparison of section 30 to sections 41 and 42. Specifically, she ignored several cases which show that these latter sections are to be broadly construed, and contemplate grounds of judicial review not expressly set out in their language (Commissioner’s memorandum, at paragraphs 67 and 68, citing *Clearwater v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 1999 CanLII 8836, 177 F.T.R. 103 (F.C.T.D.) and *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, [1990] 3 F.C. 22 (T.D)).

[30] The Commissioner further submits that the Federal Court Judge’s interpretation conflicts with the principle, enshrined in section 2 of the Act, that “decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government” (Commissioner’s memorandum, at paragraph 69, citing section 2 of the Act). The decision of the Federal Court Judge would, if allowed to stand, permit government institutions to immunize themselves from judicial review (Commissioner’s memorandum, at paragraph 72).

[31] The Commissioner argues that the Federal Court Judge erred in her assessment of earlier Federal Court decisions. The Commissioner maintains that *PSAC* and *Attorney General* dealt with an entirely different set of facts (Commissioner’s memorandum, at paragraph 78). Moreover, *Attorney General* was decided before subsection 4(2.1) was added to the Act in 2006, and the Judge deciding *PSAC* did not consider this amendment, which requires government institutions to assist requesters and provide timely access to sought records (Commissioner’s

demandés « dans les délais prévus par la présente loi » vaut décision de refus de communication. Interprétés comme un tout, les articles 7 et 9 énoncent ces délais (au paragraphe 61 du mémoire de la commissaire). Il y aura donc présomption de refus au terme du délai de 30 jours lorsque l’institution fédérale n’a ni signifié à proprement parler un refus effectif ni communiqué les documents en réponse à une demande et qu’elle ne s’est pas accordé une prorogation de délai valide (aux paragraphes 49 et 63 du mémoire de la commissaire).

[29] La commissaire affirme que la juge de la Cour fédérale a commis une erreur en comparant l’article 30 aux articles 41 et 42. Plus précisément, elle a fait abstraction de plusieurs affaires qui démontrent qu’il faut interpréter de façon large ces articles de manière à englober des motifs de contrôle judiciaire qui ne sont pas énoncés expressément (aux paragraphes 67 et 68 du mémoire de la commissaire, où elle cite la décision *Clearwater c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 1999 CanLII 8836 (C.F. 1^{re} inst.), et la décision *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1990] 3 C.F. 22 (1^{er} inst.)).

[30] La commissaire soutient également que l’interprétation de la juge de la Cour fédérale contredit le principe, enchâssé dans l’article 2 de la Loi, selon lequel « les décisions quant à la communication [sont] susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif » (au paragraphe 69 du mémoire de la commissaire, où elle cite l’article 2 de la Loi). Si elle était confirmée, la décision de la juge de la Cour fédérale aurait pour effet de permettre aux institutions fédérales de s’immuniser contre le contrôle judiciaire (au paragraphe 72 du mémoire de la commissaire).

[31] La commissaire estime que l’examen des décisions antérieures de la Cour fédérale effectué par la juge de la Cour fédérale était erroné. À son avis, les décisions *AFPC* et *Procureur général* portaient sur un ensemble de faits entièrement différents (au paragraphe 78 du mémoire de la commissaire). Par ailleurs, la décision *Procureur général* a été rendue avant l’ajout du paragraphe 4(2.1) à la Loi en 2006, et le juge qui a rendu la décision *AFPC* n’a pas tenu compte de cette modification, qui prévoit que les institutions fédérales doivent

memorandum, at paragraph 80). Finally, the Commissioner argues that the Federal Court Judge erred in failing to confront the statement made in *External Affairs I* to the effect that (*per Jerome A.C.J.*, at page 13):

Where the application is based on an allegedly unauthorized extension taken under section 9, that enquiry consists of determining ... whether it amounts to a deemed refusal. To perform that task, it is inescapable that the Court must be able to review the extension itself and reasons given therefor.

[32] The Commissioner also takes issue with the Federal Court Judge's suggestion that the Court may not be well-placed to determine whether an extension of time is reasonable. The Act empowers the Commissioner to investigate extensions of time and assemble a factual record that may be brought before the Federal Court for adjudication (Commissioner's memorandum, at paragraphs 84 and 88). Concerns that the courts should avoid "second-guessing" government institutions evince a concern that the courts will micro-manage extensions. This concern can be seen to be misplaced given the deferential standard to be applied (i.e. reasonableness) (Commissioner's memorandum, at paragraph 91).

[33] In this instance, the Commissioner says, the asserted extension was invalid and, for purposes of efficiency, this Court should exercise its discretion to rule on the matter. Because the evidentiary record is in writing, this Court is in no worse a position than the court below to decide this question.

[34] According to the Commissioner, the asserted extension was invalid on three accounts. First, it claims that the 230-day portion of the extension taken pursuant to paragraph 9(1)(a) was not taken in compliance with the statutory conditions, as DND could not show, as required by the provision in question, that meeting the

prêter assistance aux demandeurs et leur communiquer les documents sollicités en temps utile (au paragraphe 80 du mémoire de la commissaire). Enfin, la commissaire fait valoir que la juge de la Cour fédérale a commis une erreur en omettant de tenir compte de la déclaration faite dans la décision *Affaires extérieures I* (le juge en chef adjoint Jerome, à la page 13) voulant que :

Lorsque la demande vise une prorogation de délai supposément non autorisée par l'article 9, cette enquête consiste à établir si la prorogation [...] pourrait constituer un refus présumé. Pour ce faire, la Cour doit nécessairement pouvoir examiner la prorogation elle-même, ainsi que les raisons invoquées à son appui.

[32] La commissaire est également en désaccord avec l'affirmation de la juge de la Cour fédérale selon laquelle la Cour ne serait pas l'organisme le mieux placé pour se prononcer sur ce qui constitue un délai raisonnable. La Loi confère au commissaire le pouvoir d'enquêter sur les prorogations de délai et de constituer un dossier factuel qui peut être présenté à la Cour fédérale aux fins de décision (aux paragraphes 84 et 88 du mémoire de la commissaire). La préoccupation relative au fait que les tribunaux devraient éviter de « remettre en question » les décisions des institutions fédérales témoigne d'une crainte que les tribunaux n'exercent de la microgestion en ce qui a trait aux prorogations. On pourrait penser que cette crainte n'est pas justifiée étant donné la norme empreinte de déférence devant être appliquée (c.-à-d. caractère raisonnable) (au paragraphe 91 du mémoire de la commissaire).

[33] Dans le cas qui nous occupe, la commissaire dit que la prorogation décidée était invalide et que, par souci d'efficacité, la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher la question. Comme le dossier de la preuve est par écrit, la Cour n'est pas plus mal placée que la cour de première instance pour se prononcer sur la question.

[34] De l'avis de la commissaire, la prorogation décidée était invalide pour trois motifs. Premièrement, elle soutient que les 230 jours alloués au titre de l'alinéa 9(1)a) ne respectaient pas les conditions législatives, parce que le MDN n'a pas pu démontrer, comme l'exige la disposition en question, que l'observation du délai de

request within the 30-day time limit would unreasonably interfere with its operations (Commissioner's memorandum, at paragraphs 96 to 98).

[35] Second, the Commissioner claims that the remaining period, being the 880 days asserted pursuant to paragraph 9(1)(b), was unreasonably long. DND's initial explanation was that it had merely calculated the average DFAIT response time (110 days) and multiplied it by eight, because the requester had sought approximately eight times the number of records typically sent to DFAIT for consultation (Commissioner's memorandum, at paragraph 102). Such an exercise ignores many factors, such as the nature and accessibility of records (Commissioner's memorandum, at paragraph 103). Though DND later amended its answer to suggest that such factors were accounted for, it could not explain why the number had then remained exactly 880 days (Commissioner's memorandum, at paragraph 104). That the actual consultations took no longer than 173 days further supports the unreasonableness of this estimate (Commissioner's memorandum, at paragraphs 105 and 106).

[36] Third, the Commissioner claims generally that DND exercised its discretion unreasonably in asserting the extension it did. First, it failed to consider such relevant factors as its duty to assist under subsection 4(2.1) of the Act, the quasi-constitutional status of the Act, and relevant government policies (Commissioner's memorandum, at paragraphs 108 to 110, citing Treasury Board of Canada, *Policy on Access to Information*, subsections 3.1, 6.2.1 and 6.2.2). Second, it considered irrelevant factors such as potential causes of delay and abdicated all responsibility by asserting that it had no control over the responses of other institutions (Commissioner's memorandum, at paragraphs 111 to 113).

30 jours entraverait de façon sérieuse son fonctionnement (aux paragraphes 96 à 98 du mémoire de la commissaire).

[35] Deuxièmement, la commissaire prétend que la période restante, c'est-à-dire les 880 jours alloués en vertu de l'alinéa 9(1)b), était déraisonnablement longue. Le MDN a d'abord expliqué avoir simplement calculé la moyenne du temps d'exécution du MAECI (110 jours), qu'il a multipliée par huit, parce que le demandeur avait demandé environ huit fois le nombre de documents habituellement envoyés au MAECI aux fins de consultation (au paragraphe 102 du mémoire de la commissaire). Un tel exercice fait fi de plusieurs facteurs, notamment de la nature et de l'accessibilité des documents (au paragraphe 103 du mémoire de la commissaire). Le MDN a par la suite modifié sa réponse en précisant qu'il avait été tenu compte de ces facteurs, mais il n'a pas pu expliquer pourquoi le nombre de jours est demeuré exactement le même, soit 880 (au paragraphe 104 du mémoire de la commissaire). Le fait que les consultations n'ont pas pris plus de 173 jours vient également démontrer le caractère déraisonnable de cette estimation (aux paragraphes 105 et 106 du mémoire de la commissaire).

[36] Troisièmement, la commissaire soutient de façon générale que le MDN a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable en s'accordant cette prorogation. Premièrement, il a omis de tenir compte de facteurs pertinents, tels que l'obligation de prêter assistance conformément à ce que prévoit le paragraphe 4(2.1) de la Loi, du statut quasi constitutionnel de la Loi et des politiques pertinentes du gouvernement (aux paragraphes 108 à 110 du mémoire de la commissaire, citant les paragraphes 3.1, 6.2.1 et 6.2.2 de la *Politique sur l'accès à l'information* du Conseil du Trésor du Canada). Deuxièmement, il a tenu compte de facteurs non pertinents, tels que d'éventuelles causes du retard, et s'est déchargé de toutes ses responsabilités en prétendant n'avoir aucun contrôle sur les réponses des autres institutions (aux paragraphes 111 à 113 du mémoire de la commissaire).

POSITION OF THE INTERVENER

[37] In his submissions, the intervener undertook to illustrate that, in Ontario, the reasonableness of an extension to respond to an access to information request has proven to be a justiciable question (intervener's memorandum, at paragraph 35). In support of this effort, the intervener canvassed the evidentiary factors considered in determining whether a government institution has proven its claim that a given extension was required for the reasons set out in the intervener's enabling statute (intervener's memorandum, at paragraphs 22 to 25).

[38] Though the intervener took no formal position on the disposition of the case at bar, he took issue with the duration of the extension claimed. In particular, he questioned the validity of the formula originally offered by DND in support of the 880-day portion of the extension taken (intervener's memorandum, at paragraphs 9 and 23). More generally, the intervener noted that, in the Ontario setting, no extension exceeding 10 months has ever been found to be reasonable (intervener's memorandum, at paragraph 25).

POSITION OF THE RESPONDENT

[39] DND argues that the Federal Court Judge correctly construed the Act and properly assessed the case law, essentially for the reasons that she gave. Significant sections of the written submissions repeat the Judge's own language (see for instance DND's memorandum, at paragraphs 35 and 70).

[40] In addition to reiterating the Federal Court Judge's reasoning, DND argues that the Commissioner's proposed interpretation of the Act is flawed. DND argues that, in reviewing the Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs, it can be seen that the government was not prepared to impose a definitive time limit for extensions under subsection 9(1) of the Act (DND's memorandum, at paragraph 47). Furthermore, if Parliament had intended the Federal Court to have the jurisdiction to review

THÈSE DE L'INTERVENANT

[37] Dans ses observations, l'intervenant a cherché à démontrer qu'en Ontario, la question du caractère raisonnable d'une prorogation de délai pour répondre à une demande d'accès à l'information se révélait être une question pouvant être tranchée par les tribunaux (au paragraphe 35 du mémoire de l'intervenant). À l'appui, l'intervenant a examiné les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer si une institution fédérale a démontré qu'une prorogation était nécessaire pour les motifs énoncés dans la loi habilitante de l'intervenant (aux paragraphes 22 à 25 du mémoire de l'intervenant).

[38] Bien que l'intervenant n'ait adopté aucune thèse formelle quant au règlement de l'affaire, il n'était pas d'accord avec la durée de la prorogation décidée. Il a mis en doute tout particulièrement la validité de la formule initialement proposée par le MDN pour expliquer les 880 jours de la prorogation (aux paragraphes 9 et 23 du mémoire de l'intervenant). De façon plus générale, l'intervenant a indiqué que, dans le contexte ontarien, aucune prorogation excédant 10 mois n'a jamais été jugée raisonnable (au paragraphe 25 du mémoire de l'intervenant).

THÈSE DE L'INTIMÉ

[39] Le MDN soutient que la juge de la Cour fédérale a correctement interprété la Loi et qu'elle a bien tenu compte de la jurisprudence, essentiellement pour les motifs qu'elle a donnés. Les observations écrites reprennent en grande partie les mots de la juge (voir, par exemple, les paragraphes 35 et 70 du mémoire du MDN).

[40] En plus de reprendre le raisonnement de la juge de la Cour fédérale, le MDN soutient que l'interprétation de la Loi que propose la commissaire est erronée. À son avis, l'examen des procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques démontre que le gouvernement n'était pas disposé à imposer un délai précis pour les prorogations au titre du paragraphe 9(1) de la Loi (au paragraphe 47 du mémoire du MDN). Par ailleurs, si le législateur avait voulu que la Cour fédérale ait compétence pour examiner

extensions, it would have used more specific language rather than simply requiring that extensions be “reasonable ... having regard to the circumstances” (DND’s memorandum, at paragraph 48). For instance, it could have elected to provide for clear deadlines defined in days (DND’s memorandum, at paragraph 48). Finally, if Parliament had intended for deemed refusals under subsection 10(3) of the Act to include instances in which the government institution takes an unreasonable extension under section 9 or an extension beyond a defined length, it could have specified this (DND’s memorandum, at paragraph 49).

[41] DND reiterates its argument, accepted by the Federal Court Judge, that while the paragraphs of subsection 30(1) of the Act clearly distinguish between refusals and unreasonable extensions in setting out the grounds of complaint to the Commissioner, sections 41 and 42 are limited to refusals (DND’s memorandum, at paragraphs 51 and 52). Had Parliament wished to grant the Federal Court jurisdiction to decide the reasonableness of extensions, it could have included in the judicial review section of the Act a provision like the one included in the complaint section (DND’s memorandum, at paragraph 52).

[42] DND further argues that, contrary to some equivalent provincial statutory schemes, Parliament expressly limited the Commissioner to an ombudsman role, declining to vest her with the powers to compel compliance with the Act (DND’s memorandum, at paragraph 55). The Commissioner’s findings are therefore not “decisions” that may be judicially reviewed. This undermines the Commissioner’s argument that, the moment she finds that an unreasonable extension has been asserted, she may initiate a judicial review application (DND’s memorandum, at paragraph 56).

[43] Finally, DND argues that the Federal Court Judge’s ruling is not inconsistent with the section 2 principle that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government. Simply put, this principle does not require that

les prorogations, il aurait utilisé un libellé plus précis au lieu de simplement exiger que les prorogations soient « d’une période que justifient les circonstances » (au paragraphe 48 du mémoire du MDN). Par exemple, il aurait pu prévoir des délais clairement définis en jours (au paragraphe 48 du mémoire du MDN). Enfin, si le législateur avait voulu que les présomptions de refus visées au paragraphe 10(3) de la Loi englobent les cas où une institution fédérale s’accorde une prorogation abusive au titre de l’article 9 ou une prorogation dépassant une durée déterminée, il aurait pu le spécifier (au paragraphe 49 du mémoire du MDN).

[41] Le MDN réitère son argument, accepté par la juge de la Cour fédérale, selon lequel, bien que le paragraphe 30(1) de la Loi établisse une distinction claire entre les refus et les prorogations abusives en énonçant les motifs des plaintes pouvant être déposées devant le commissaire, les articles 41 et 42 se limitent aux refus (aux paragraphes 51 et 52 du mémoire du MDN). Si le législateur avait voulu conférer à la Cour fédérale compétence pour se prononcer sur le caractère raisonnable des prorogations, il aurait pu inclure dans l’article de la Loi sur le contrôle judiciaire une disposition semblable à celle se trouvant à l’article sur les plaintes (au paragraphe 52 du mémoire du MDN).

[42] Le MDN soutient également que, contrairement à certains régimes législatifs provinciaux équivalents, le législateur a expressément limité le rôle du commissaire à celui d’un ombudsman, refusant de lui conférer le pouvoir d’imposer la conformité à la Loi (au paragraphe 55 du mémoire du MDN). Les conclusions du commissaire ne sont donc pas des « décisions » pouvant faire l’objet d’un contrôle judiciaire, ce qui affaiblit l’argument de la commissaire selon lequel elle peut présenter une demande de contrôle judiciaire dès lors qu’elle conclut qu’une prorogation est abusive (au paragraphe 56 du mémoire du MDN).

[43] Enfin, le MDN fait valoir que la décision de la juge de la Cour fédérale n’est pas incompatible avec le principe de l’article 2, qui prévoit que les décisions quant à la communication sont susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif. Autrement dit, ce

all decisions made under the Act be subject to judicial review (DND's memorandum, at paragraph 58).

[44] In the event that this Court finds that it does have jurisdiction to issue the declaration sought, DND argues that its extension was reasonable.

[45] DND insists that its only obligation under subsection 9(1) was to notify the requester that it would be taking an extension and to specify the length of the extension (DND's memorandum, at paragraph 61).

[46] DND argues that many variables were taken into account in determining the amount of time it took under paragraph 9(1)(a) of the Act, including previous experience with similar requests, sensitivity of the information and the current workload of the analyst assigned to the file (DND's memorandum, at paragraph 63). Furthermore, DND's access to information unit had suffered a "major and unprecedented" software malfunction, which further affected the response time (DND's memorandum, at paragraph 63).

[47] As to consultations, DND argues that previous experience and communication with the other institutions was taken into account (DND's memorandum, at paragraph 64). Estimates were particularly difficult to generate in respect of the DFAIT consultations, as the reactions of foreign governments often prove difficult to predict accurately (DND's memorandum, at paragraphs 65 to 67).

[48] DND emphasized that, under subsection 9(1) of the Act, it only has 30 days to determine the extension it will take (DND's memorandum, at paragraph 68). Furthermore, it cannot change that estimate. It is therefore reasonable to consider potential causes of delay (DND's memorandum, at paragraph 68). Furthermore, that the consultations ultimately took less time than expected is irrelevant to whether, at the time the extension was asserted, the duration selected was reasonable (DND's memorandum, at paragraph 69).

principe n'exige pas que toutes les décisions prises en application de la Loi puissent faire l'objet d'un contrôle judiciaire (au paragraphe 58 du mémoire du MDN).

[44] Dans l'éventualité où la Cour devrait conclure qu'elle a compétence pour rendre le jugement déclaratoire demandé, le MDN soutient que sa prorogation était raisonnable.

[45] Le MDN insiste sur le fait que sa seule obligation aux termes du paragraphe 9(1) était d'aviser le demandeur de la prorogation et de lui en préciser la durée (au paragraphe 61 du mémoire du MDN).

[46] Le MDN soutient avoir tenu compte de plusieurs variables pour déterminer le temps nécessaire au titre de l'alinéa 9(1)a) de la Loi, notamment l'expérience antérieure au regard de demandes semblables, le caractère sensible de l'information et la charge de travail de l'analyste responsable du dossier (au paragraphe 63 du mémoire du MDN). De plus, l'unité responsable de l'accès à l'information du MDN a eu un problème de logiciel majeur et sans précédent, ce qui a également retardé le délai de réponse (au paragraphe 63 du mémoire du MDN).

[47] Quant aux consultations, le MDN explique qu'il a tenu compte de son expérience et de ses communications antérieures avec les autres institutions (au paragraphe 64 du mémoire du MDN). Il a été particulièrement difficile d'évaluer le temps nécessaire aux consultations du MAECI, parce qu'il est souvent difficile de prévoir de façon précise les réactions des gouvernements étrangers (aux paragraphes 65 à 67 du mémoire du MDN).

[48] Le MDN souligne qu'en vertu du paragraphe 9(1) de la Loi, il dispose de seulement 30 jours pour déterminer la prorogation dont il a besoin (au paragraphe 68 du mémoire du MDN), et qu'il ne peut pas modifier cette estimation. Il est donc raisonnable d'envisager les éventuelles causes de retard (au paragraphe 68 du mémoire du MDN). De plus, le fait que les consultations aient pris ultimement moins de temps que prévu n'est pas pertinent pour déterminer si, au moment où la prorogation a été décidée, la durée de celle-ci était raisonnable (au paragraphe 69 du mémoire du MDN).

[49] In reply to the submissions made by the intervenor, DND outlined the differences between the Act and the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31, emphasizing that the latter gives the provincial Commissioner an adjudicative role, while the former gives the federal Commissioner an investigative one (respondent's reply memorandum, at paragraphs 15 to 18). With respect to the intervenor's view that extensions beyond 10 months would require an exceptional justification, DND submits that the intervenor has no expertise or experience in cases such as this one, which involves military assets and consultation with foreign governments (respondent's reply memorandum, at paragraphs 25 and 26).

ANALYSIS

Standard of review

[50] In this case, this Court is determining an appeal of a decision by the Federal Court to dismiss an application for judicial review brought by the Commissioner under paragraph 42(1)(a).

[51] The appeal raises two issues. The first is whether the Federal Court had jurisdiction under section 42 of the Act to hear the Commissioner's application. The second, which must be answered only if the first question is answered in the affirmative, is whether the extension taken by DND was valid.

[52] The first issue is preliminary to any consideration of the underlying application, concerning whether the preconditions for a judicial review are met. As such, this question was first decided by the Federal Court, and never arose before the administrative decision maker in question. Therefore, on appeal, we employ the appellate standard of review in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*), not the administrative standard of review in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

[49] En réponse aux observations de l'intervenant, le MDN a décrit les différences entre la Loi et la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31, en soulignant que cette dernière loi confère au commissaire provincial un rôle décisionnel, alors que la première confère au commissaire fédéral un rôle d'enquête (aux paragraphes 15 à 18 du mémoire en réponse de l'intimé). En ce qui a trait à la nécessité de fournir une justification exceptionnelle dans les cas de prorogations d'une durée supérieure à 10 mois, le MDN soutient que l'intervenant n'a ni expertise ni expérience des affaires comme celle qui nous occupe, où du matériel militaire et des consultations avec des gouvernements étrangers sont en cause (aux paragraphes 25 et 26 du mémoire en réponse de l'intimé).

ANALYSE

La norme de contrôle

[50] En l'espèce, la Cour doit statuer sur l'appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par la commissaire en vertu de l'alinéa 42(1)a).

[51] L'appel soulève deux questions. La première est de savoir si la Cour fédérale avait compétence en vertu de l'article 42 de la Loi pour entendre la demande de la commissaire. La deuxième, à laquelle il faut répondre seulement si la réponse à la première question est affirmative, est de savoir si la prorogation décidée par le MDN était valide.

[52] La première question est préliminaire à l'examen de la demande sous-jacente, à savoir si les conditions préalables au contrôle judiciaire ont été réunies. La Cour fédérale s'est donc tout d'abord prononcée sur cette question, qui n'a jamais été soulevée devant le décideur administratif en cause. Par conséquent, dans le cas d'un appel, nous recourrons à la norme de contrôle applicable en appel énoncée dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 (*Housen*), et non à la norme de contrôle administrative exposée dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

[53] Whether the preconditions for a judicial review had been met turns on a pure question of statutory construction, i.e. when an extension is taken by a government institution, does the Act (specifically sections 41 and 42 when read with section 7 and subsections 9(1) and 10(3)) give the Federal Court jurisdiction to assess the legal validity of the extension? The Federal Court answered this in the negative. As a determination on a question of law, this holding stands within the appellate framework to be reviewed on the standard of correctness: *Housen*, above, at paragraphs 8 and 9.

[54] If I hold that the section 42 preconditions have been met in this case, I must examine whether the extension taken by DND in this case was valid. The Federal Court Judge did not rule on that question. Therefore, consistent with the approach set out in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45 to 47, I must select the appropriate standard of review and then apply it myself.

[55] Like the parties, I accept that this second question should be reviewed on a standard of reasonableness. I would add that, because the decision under review is essentially fact and policy driven, the range of possible acceptable outcomes or the margin of appreciation to be given to DND is broad: *Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006, at paragraphs 91 and 92; *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, [2013] 1 C.T.C. 69, at paragraph 44.

Are the preconditions for a judicial review under section 42 met?

[56] With respect to the first issue, the determinative holding made by the Federal Court Judge appears at paragraph 66 of her reasons:

... subsection 10(3) provides that where the records are not provided within the time limits set out in this act, the head of the institution is deemed to have refused to give access. In other words, where there is no outright notice of refusal, if

[53] La question de savoir si les conditions préalables au contrôle judiciaire étaient réunies repose sur une pure question d'interprétation législative : lorsqu'une institution fédérale a recours à une prorogation, la Loi (plus précisément les articles 41 et 42, lus conjointement avec l'article 7 et les paragraphes 9(1) et 10(3)) confère-t-elle à la Cour fédérale la compétence voulue pour évaluer la validité juridique de la prorogation? La Cour fédérale a répondu à cette question par la négative. Puisqu'il s'agit d'une décision portant sur une question de droit, cette conclusion s'inscrit dans le cadre applicable en appel des questions devant être contrôlées selon la norme de la décision correcte : arrêt *Housen*, précité, aux paragraphes 8 et 9.

[54] Si je conclus que les conditions préalables de l'article 42 ont été réunies en l'espèce, je dois me demander si la prorogation que le MDN s'est accordée était valide. La juge de la Cour fédérale ne s'est pas prononcée sur cette question. Conformément à l'approche énoncée dans l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 à 47, je dois choisir la norme de contrôle appropriée et l'appliquer.

[55] À l'instar des parties, j'accepte que la deuxième question doive être contrôlée selon la norme du caractère raisonnable. J'ajouterais que, comme la décision en cause repose essentiellement sur des considérations de faits et de politique, l'éventail des issues possibles acceptables est vaste, tout comme la latitude à accorder au MDN pour apprécier les faits : *Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006, aux paragraphes 91 et 92; *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266, au paragraphe 44.

Les conditions préalables du contrôle judiciaire en vertu de l'article 42 sont-elles réunies?

[56] En ce qui concerne la première question, la conclusion déterminante de la juge de la Cour fédérale figure au paragraphe 66 de ses motifs :

[...] le paragraphe 10(3) prévoit que le défaut de communication totale ou partielle de documents dans les délais prévus par la Loi vaut décision de refus de communication. En d'autres termes, lorsqu'il n'y a pas eu avis de refus catégorique de

the requested records are not provided within 30 days or within the period of time claimed as an extension under section 9, there is a deemed refusal.

Stated conversely and perhaps more accurately, the Federal Court Judge held that so long as there is compliance with the time extension taken, there can be no deemed refusal pursuant to subsection 10(3) regardless of the reasonableness of the extension, and therefore no right of judicial review arises in the circumstances of this case.

[57] As will be seen, the reading proposed by the Federal Court Judge is consistent with a number of Federal Court decisions (*X v. Canada (Minister of National Defence)*, [1991] 1 F.C. 670, (1990), 41 F.T.R. 73 (T.D.) (*X*), at paragraphs 8 and 10; *Attorney General*, at paragraphs 25 to 27, citing *X*, at paragraph 8; *PSAC*, at paragraph 21, citing *Attorney General*, at paragraph 25). There are, however, other cases from the same court which go the other way (*External Affairs I*, at paragraph 19 and *External Affairs II*, at paragraph 9).

Statutory construction

[58] I first turn to the issue of statutory construction. In my view, a reading of subsection 10(3) which would prevent judicial review of an extension, as is being proposed here, falls short of what Parliament intended. The correct approach to statutory interpretation requires that courts read “the words of an Act ... 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” (*Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340, at paragraph 112).

[59] Part of the statutory scheme are the “time limits set out” in the Act, which, when breached, give rise to a deemed refusal pursuant to subsection 10(3). There are only two such limits: the 30-day time limit that arises by operation of section 7 following a request for access, and the extended time limit that arises as a result of a notice of extension issued pursuant to section 9. Based on the

communication, le défaut de communication des documents demandés dans le délai de 30 jours ou avant l’expiration du délai prorogé en vertu de l’article 9, vaut décision de refus de communication.

En exprimant à l’inverse et de manière peut-être plus exacte les propos de la juge de la Cour fédérale, celle-ci a conclu que, dès lors que le délai prorogé est respecté, il ne peut pas y avoir présomption de refus en vertu du paragraphe 10(3), peu importe que la prorogation soit raisonnable ou non, et que les circonstances de la présente affaire ne donnent donc pas naissance à un droit à un contrôle judiciaire.

[57] Comme nous le verrons, l’interprétation proposée par la juge de la Cour fédérale va dans le sens de nombreuses décisions de la Cour fédérale (*X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1991] 1 C.F. 670 (1^{re} inst.) (*X*), aux paragraphes 8 et 10; *Procureur général*, aux paragraphes 25 à 27, où est cité le paragraphe 8 de la décision *X*; le paragraphe 21 d’*AFPC*, où est cité le paragraphe 25 de la décision *Procureur général*). Par contre, d’autres jugements de la même cour statuent dans le sens contraire (*Affaires extérieures I*, au paragraphe 19 et *Affaires extérieures II*, au paragraphe 9).

L’interprétation législative

[58] Je vais d’abord examiner la question de l’interprétation législative. À mon avis, une interprétation du paragraphe 10(3) qui ferait obstacle au contrôle judiciaire d’une prorogation, comme il est proposé en l’espèce, ne correspond pas à l’intention du législateur. La méthode appropriée d’interprétation des lois exige qu’on interprète les termes d’une loi « dans leur contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur » (*Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340, au paragraphe 112).

[59] Les « délais prévus par la présente loi » constituent une partie du régime législatif. Ces délais, s’ils ne sont pas respectés, donnent lieu à une présomption de refus en vertu du paragraphe 10(3). Seuls deux délais sont mentionnés : le délai de 30 jours, visé à l’article 7, pour faire suite à une demande d’accès, et le délai prorogé qui découle de l’avis de prorogation donné en vertu

Federal Court Judge's interpretation, the length of this last time limit would rest exclusively in the hands of the government institution asserting it, and escape judicial review regardless of its duration.

[60] For the purpose of applying subsection 10(3), construing subsection 9(1) as allowing for whatever period of time the institution may wish to take reads out of the Act the requirement that the extension be "reasonable ... having regard to the circumstances" and the criteria set out in paragraphs 9(1)(a) and 9(1)(b). Moreover, the extended "time limit" that the Federal Court Judge accepts as falling within the "time limits set out in [the] Act" (reasons, at paragraph 66) is not a time limit at all. If a government institution is free to choose the deadline of its choice, without regard to the statutory conditions set out in subsection 9(1), there are no limits on the deadline it may choose.

[61] The Federal Court Judge's interpretation is not aided by her comparison of section 30 of the Act to sections 41 and 42. According to her, had Parliament intended unreasonable time limits to be judicially reviewed, it would have set this out expressly, as it did in subsection 30(1) with respect to complaints. The suggestion as I understand it is that if unreasonable extensions could give rise to deemed refusals pursuant to subsection 10(3) as the Commissioner contends, there would be no need for paragraph 30(1)(c) (subsection 30(1) is reproduced in part, for ease of reference):

Receipt and investigation of complaints

30. (1) Subject to this Act, the Information Commissioner shall receive and investigate complaints

(a) from persons who have been refused access to a record requested under this Act or a part thereof;

...

(c) from persons who have requested access to records in respect of which time limits have been extended pursuant to section 9 where they consider the extension unreasonable; [Emphasis added.]

de l'article 9. Selon l'interprétation de la juge de la Cour fédérale, la durée de ce dernier délai relève exclusivement de l'institution fédérale qui se prévaut de la prorogation et est soustraite au contrôle judiciaire, peu importe son ampleur.

[60] L'interprétation du paragraphe 9(1) aux fins de l'application du paragraphe 10(3) comme autorisant toute prorogation que l'institution souhaite s'accorder fait abstraction de l'exigence de la Loi selon laquelle la prorogation doit être « d'une période que justifient les circonstances » et des critères énoncés aux alinéas 9(1)a) et 9(1)b). De surcroît, le délai prorogé qui, selon la juge de la Cour fédérale, s'inscrit dans les « délais prévus par la Loi » (au paragraphe 66 des motifs), ne constitue nullement une limite de temps. Si une institution fédérale est libre de choisir l'échéance qui lui convient, sans égard aux conditions énoncées au paragraphe 9(1), aucune limite ne s'applique à cette échéance.

[61] La comparaison faite par la juge de la Cour fédérale entre l'article 30 et les articles 41 et 42 de la Loi ne lui est d'aucune utilité. À son avis, si le législateur avait voulu que les délais déraisonnables soient susceptibles de contrôle judiciaire, il l'aurait mentionné expressément, comme il l'a fait au paragraphe 30(1) en ce qui a trait aux plaintes. Si je comprends bien, elle laisse entendre que, si une prorogation abusive pouvait donner lieu à une présomption de refus en vertu du paragraphe 10(3), comme l'affirme la commissaire, l'alinéa 30(1)c) ne serait pas nécessaire (par souci de commodité, le paragraphe 30(1) est reproduit en partie ci-après) :

30. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Commissaire à l'information reçoit les plaintes et fait enquête sur les plaintes :

Réception des plaintes et enquêtes

a) déposées par des personnes qui se sont vu refuser la communication totale ou partielle d'un document qu'elles ont demandé en vertu de la présente loi;

[...]

c) déposées par des personnes qui ont demandé des documents dont les délais de communication ont été prorogés en vertu de l'article 9 et qui considèrent la prorogation comme abusive; [Non souligné dans l'original.]

[62] This reasoning gives rise to two difficulties. First, subsection 10(3) makes it clear that a deemed refusal occurs where a government institution has missed either of “the time limits set out in [the] Act”. It is therefore not useful to resort to inferences to elucidate the meaning of a deemed refusal for purposes of applying sections 41 and 42 and particularly problematic when, as here, doing so would lead to a meaning that is different from what is expressly stated in the Act.

[63] Second, the reasoning according to which paragraph 30(1)(c) would be rendered meaningless does not account for the situation where a requester receives a notice of extension within the initial 30-day time period. In these circumstances, paragraph 30(1)(c) provides a requester with the same immediate right to invoke the assistance of the Commissioner as he or she would have if confronted with an outright refusal. I stress in this respect, and in the context of the appeal generally, that timely access is a constituent part of the right of access (see subsection 4(2.1) of the Act).

The Federal Court jurisprudence

[64] The Federal Court Judge’s conclusion that “[t]here is no footing to argue that the jurisprudence is inconsistent” is unexplained (reasons, at paragraph 101). As noted earlier, there are at least two decisions that take the opposite view. In *External Affairs I*, Jerome A.C.J. held that, where an application under section 42 of the Act is based on an allegedly unjustified extension under section 9, the Court is required to review the extension itself and decide whether it was justified (at page 13). In *External Affairs II*, Muldoon J. came to the same conclusion, holding that, “in order to show that extensions are for ‘a reasonable period of time’... the department must state cogent, genuine reasons for the extension, and for its length” (at page 526).

[65] Though the Federal Court Judge adopts the reasoning of Beaudry J. in *PSAC* (reasons, at paragraphs 99 to 101, citing *PSAC*, at paragraphs 21 to 24), who declined to follow *External Affairs I* and *II*, his decision

[62] Ce raisonnement soulève deux problèmes. Premièrement, le paragraphe 10(3) établit clairement qu’il y a présomption de refus lorsqu’une institution fédérale n’a pas respecté les « délais prévus par la présente loi ». Il est donc inutile de procéder par inférences pour dégager le sens d’une présomption de refus aux fins de l’application des articles 41 et 42, et cela peut même poser un problème notamment lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, ces inférences mènent à un sens qui diffère de ce que prévoit expressément la Loi.

[63] Deuxièmement, le raisonnement selon lequel l’alinéa 30(1)c perdrait tout son sens ne tient pas compte de la situation d’un demandeur qui reçoit un avis de prorogation dans la période initiale de 30 jours. Dans de telles circonstances, l’alinéa 30(1)c accorde au demandeur le même droit immédiat de demander l’assistance du commissaire que s’il s’était heurté à un refus catégorique. Je souligne à cet égard, et dans le cadre d’un appel de manière générale, que la communication en temps utile fait partie intégrante du droit d’accès (au paragraphe 4(2.1) de la Loi).

La jurisprudence de la Cour fédérale

[64] La juge de la Cour fédérale n’explique pas sa conclusion selon laquelle « [r]ien ne permet d’affirmer que la jurisprudence est contradictoire » (au paragraphe 101 des motifs). Comme je l’ai mentionné précédemment, au moins deux décisions vont dans le sens contraire. Dans la décision *Affaires extérieures I*, le juge en chef adjoint Jerome a conclu que, lorsqu’une demande fondée sur l’article 42 de la Loi vise une prorogation de délai supposément non autorisée par l’article 9, la Cour doit nécessairement pouvoir examiner la prorogation elle-même et décider si elle est justifiée (à la page 13). Dans la décision *Affaires extérieures II*, le juge Muldoon est arrivé à la même conclusion, en déclarant que « afin de prouver que les prorogations sont d’une “période que justifient les circonstances”, le Ministère doit fournir des motifs convaincants et sérieux, justifiant la prorogation et sa durée » (à la page 526).

[65] La juge de la Cour fédérale adopte le raisonnement du juge Beaudry dans la décision *AFPC* (aux paragraphes 99 à 101 des motifs, où elle cite les paragraphes 21 à 24 du jugement *AFPC*), qui a refusé de

has no more precedential value than the other two. It was of course open to the Federal Court Judge to adopt one position and reject the other, subject to explaining her reasons for doing so (*Apotex Inc. v. Allergan Inc.*, 2012 FCA 308, 105 C.P.R. (4th) 371 (*Allergan*), at paragraphs 48 and 50; *Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2014 FCA 250, 125 C.P.R. (4th) 81, at paragraphs 112 to 115).

[66] For reasons already explained, *PSAC* ought not to be followed because the reasoning advanced in that case does not confront or take into account the requirement that a valid extension must comply with the statutory conditions set out in subsection 9(1). The same observation extends to *X* and *Attorney General*.

Other grounds

[67] I do not accept DND's attempts to support the interpretation of the Federal Court Judge on other grounds. Specifically, it does not follow that specific time limits defined in days would have been set out in the Act had Parliament intended that extensions be judicially reviewed. The concept of "reasonableness" embodied in subsection 9(1) is a core legal standard which courts are regularly called upon to apply. There is no reason to believe that this standard is not appropriate or workable in assessing the legality of extensions taken pursuant to subsection 9(1).

[68] Similarly, the excerpts relied upon by DND from the Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs are of no assistance (appeal book, Vol. II, Tab 41):

I find it rather difficult to set a definitive period of time within which the head of the institution must give access to the record. Basically, if no notice is given, the request is deemed refused and there are appeals to the Information Commissioner and from the Information Commissioner to the Court. It is difficult to say when you have a request for a whole flood of material ... the amount of time required to go through that is rather large, so it is rather difficult to give the undertaking that the answer must be given within a certain period of time. That is why we are trying to build into the clause the type of

suivre les décisions *Affaires extérieures I* et *II*, mais la décision du juge Beaudry n'a pas plus valeur de précédent que les deux autres. Il était bien sûr loisible à la juge de la Cour fédérale d'adopter une thèse et de rejeter l'autre, dans la mesure où elle expliquait son choix dans ses motifs (*Apotex Inc. c. Allergan Inc.*, 2012 CAF 308 (*Allergan*), aux paragraphes 48 et 50; *Apotex Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2014 CAF 250, aux paragraphes 112 à 115).

[66] Comme je l'ai déjà expliqué, la décision *AFPC* ne devrait pas être suivie parce que le raisonnement exposé dans cette affaire ne traite pas de l'exigence que la prorogation respecte les conditions énoncées au paragraphe 9(1) ou ne tient pas compte de cette exigence. La même observation s'applique aux décisions *X* et *Procureur général*.

Les autres motifs

[67] Je n'accepte pas les tentatives du MDN d'étayer l'interprétation de la juge de la Cour fédérale au moyen d'autres motifs. Plus précisément, on ne peut conclure que, si le législateur avait voulu que les prorogations soient susceptibles de contrôle judiciaire, il aurait fixé des délais précis définis en jours. Le concept du « caractère raisonnable » enchâssé dans le paragraphe 9(1) est une norme juridique fondamentale que les tribunaux doivent régulièrement appliquer. Rien ne permet de croire que cette norme n'est pas appropriée ou applicable pour évaluer la légalité des prorogations décidées en vertu du paragraphe 9(1).

[68] De même, les extraits invoqués par le MDN, tirés des procès-verbaux et des témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques, ne sont d'aucune utilité (dossier d'appel, vol. II, onglet 41) :

Il m'est difficile de fixer une période bien précise au cours de laquelle le responsable de l'institution devra autoriser l'accès aux dossiers. Si aucun avis n'est donné, on considérera la demande comme refusée et l'on en appellera au Commissaire à l'information qui, à son tour, s'adressera aux tribunaux. Cela peut se compliquer quand il y a demande de communication de toute une série de renseignements. [...] Tout cela prend énormément de temps, il est donc difficile de prendre l'engagement que la réponse doit être donnée dans un délai fixe. Voilà pourquoi nous essayons d'inclure dans cet article le type

amendment recommended this morning, ensuring that notice be given to the Information Commissioner, which always gives the Information Commissioner the opportunity to ask questions.

[69] I do not read this passage as suggesting that the Federal Court was to have no jurisdiction over the extensions taken under section 9 (DND's memorandum, at paragraph 47). Rather, it is clear when regard is had to the passage when read in its fuller context that the only proposition being rejected is the one which prompted this response, i.e. limiting the extensions permissible by applying a firm 30-day cap.

[70] Moreover, the fact that the Commissioner's investigative findings made pursuant to subsection 37(1) are not subject to judicial review cannot be set up as a bar against the Commissioner's entitlement to bring an application for judicial review upon finding that an extension taken is unreasonable (DND's memorandum, at paragraph 56). In that context, the decision under review is the one taken by the government institution to extend the time limit, not the findings made by the Commissioner in respect of that decision. Indeed, it is difficult to visualize a scheme whereby the Commissioner would make a decision and then seek its judicial review.

The correct interpretation

[71] In my view, the correct construction is the one offered by the Commissioner. Section 7 of the Act requires a government institution to respond to an information request within 30 days. This requirement is subject to several exceptions, one of which is the power which may be exercised by a government institution, pursuant to section 9 of the Act, to extend the time.

[72] A government institution may avail itself of this power subject to certain conditions. One such condition is that the period taken be reasonable when regard is had to the circumstances set out in paragraphs 9(1)(a) and/or 9(1)(b). If this condition is not satisfied, the time is not validly extended with the result that the 30-day time limit imposed by operation of section 7 remains the applicable limit.

d'amendement recommandé ce matin, de façon que le Commissaire à l'information soit avisé, ce qui lui donne toujours l'occasion de poser des questions.

[69] Selon mon interprétation, rien dans ce passage n'indique que la Cour fédérale n'a pas compétence pour statuer sur les prorogations décidées en vertu de l'article 9 (au paragraphe 47 du mémoire du MDN). Lorsqu'on remplace le passage dans un contexte plus global, il ressort plutôt que la seule proposition rejetée est celle ayant entraîné cette réponse, c'est-à-dire la limitation des prorogations permises en appliquant un délai ferme de 30 jours.

[70] Par ailleurs, le fait que les conclusions de l'enquête du commissaire présentées en vertu du paragraphe 37(1) ne sont pas susceptibles de contrôle judiciaire ne peut faire obstacle au droit du commissaire de présenter une demande de contrôle judiciaire après avoir conclu qu'une prorogation est abusive (au paragraphe 56 du mémoire du MDN). Dans ce contexte, la décision visée par le contrôle est celle prise par l'institution fédérale de proroger le délai, et non les conclusions formulées par le commissaire à l'égard de cette décision. En fait, il est difficile d'imaginer un régime dans le cadre duquel le commissaire rendrait une décision et demanderait ensuite son contrôle judiciaire.

L'interprétation correcte

[71] Selon moi, la bonne interprétation est celle présentée par le commissaire. L'article 7 de la Loi exige que les institutions fédérales répondent à une demande d'information dans un délai de 30 jours. Cette exigence est assujettie à plusieurs exceptions, l'une étant le pouvoir conféré aux institutions fédérales, en vertu de l'article 9 de la Loi, de proroger le délai.

[72] Une institution fédérale peut exercer ce pouvoir, sous réserve de certaines conditions, dont celle que la prorogation soit raisonnable eu égard aux circonstances exposées aux alinéas 9(1)a) et/ou 9(1)b). Si cette condition n'est pas respectée, la prorogation de délai n'est pas valable et le délai de 30 jours imposé en application de l'article 7 demeure donc le délai applicable.

[73] Construing subsection 10(3) in context and in light of what it says, I conclude that a deemed refusal arises whenever the initial 30-day time limit has expired without access being given, in circumstances where no legally valid extension has been taken. It follows that a right to judicially review the validity of an extension arises pursuant to sections 41 and/or 42 upon the expiration of the 30-day time limit, subject of course to a complaint being filed and an investigation report being completed (compare *Statham v. Canadian Broadcasting Corporation*, 2010 FCA 315, [2012] 2 F.C.R. 421, at paragraph 64).

[74] In the present case, I conclude that the Federal Court had the jurisdiction to entertain the Commissioner's application for judicial review of the extension taken by DND and to go on to consider the validity of the extension of time asserted by DND. This is the issue to which I now turn.

Was the extension of time asserted by DND valid?

[75] The Commissioner in insisting on a declaration being issued is seeking nothing more than general guidance for future cases. Although the period taken by DND in this case appears long, a large number of documents was involved and extensive consultations were required.

[76] That said, it can usefully be said that it is not enough for a government institution to simply assert the existence of a statutory justification for an extension and claim an extension of its choice. An effort must be made to demonstrate the link between the justification advanced and the length of the extension taken. In the case of paragraph 9(1)(a), this will mean not only demonstrating that a large number of documents are involved, but that the work required to provide access within any materially lesser period of time than the one asserted would interfere with operations. The same type of rational linkage must be made pursuant to paragraph 9(1)(b) with respect to necessary consultations.

[73] Ayant interprété le paragraphe 10(3) dans le contexte de la loi et à la lumière de son libellé, je conclus à l'existence d'une présomption de refus chaque fois que le délai de 30 jours initial expire sans qu'il y ait communication, dans les cas où la prorogation n'est pas légalement valide. Il s'ensuit que le droit de demander un contrôle judiciaire à l'égard de la validité d'une prorogation découle des articles 41 et/ou 42 à l'expiration du délai de 30 jours, bien sûr dans la mesure où une plainte est déposée et un rapport d'enquête présenté (voir, à titre de comparaison, *Statham c. Société Radio-Canada*, 2010 CAF 315, [2012] 2 R.C.F. 421, au paragraphe 64).

[74] En l'espèce, je conclus que la Cour fédérale avait compétence pour instruire la demande de contrôle judiciaire de la commissaire concernant la prorogation décidée par le MDN et pour examiner la validité de cette prorogation. Je vais maintenant examiner cette question.

La prorogation décidée par le MDN était-elle valide?

[75] En insistant pour obtenir un jugement déclaratoire, la commissaire ne demande rien de plus que des orientations générales pour des causes futures. Bien que la prorogation que s'est accordée le MDN en l'espèce semble longue, un nombre important de documents étaient visés et de vastes consultations devaient être menées.

[76] Cela dit, il peut également être utile d'ajouter qu'une institution fédérale ne peut pas simplement faire valoir l'existence d'une justification législative à l'appui d'une prorogation et énoncer la prorogation retenue. Elle doit s'efforcer de démontrer le lien entre la justification mise de l'avant et la durée de la prorogation qu'elle s'accorde. En ce qui concerne l'alinéa 9(1)a), cela signifie qu'il faut non seulement démontrer qu'un grand nombre de documents sont mis en cause, mais aussi que l'ampleur du travail requis pour donner accès aux documents dans tout délai considérablement moindre que celui établi entraverait le fonctionnement de l'institution. Le même type de lien rationnel devrait être fait relativement à l'alinéa 9(1)b) en ce qui concerne les consultations nécessaires.

[77] I note that the English text of paragraph 9(1)(a) provides that a government institution is entitled to an extension when compliance with a shorter delay “would unreasonably interfere with the operations” whereas the French text uses the words “*entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l’institution*”. Similarly, the notion of reasonableness is incorporated in the English text of paragraph 9(1)(b), but the French text contemplates that an extension is warranted when compliance “*rendrait pratiquement impossible l’observation du délai*”. Finally, the introductory words of subsection 9(1) speak of “a reasonable period of time, having regard to the circumstances” whereas the French text reads “*d’une période que justifient les circonstances*”.

[78] Read together, what these two texts contemplate is that the extension be reasonable or justified in the circumstances and that a demonstration be made that unless the extension is taken, providing access will result in unreasonable or undue interference with the “operations of the government institution” in the case of paragraph 9(1)(a), and that it is not reasonable, or practically possible, to expect that the necessary consultations can be completed in the case of paragraph 9(1)(b).

[79] It would not be opportune or useful to say more than is necessary to dispose of the present case. It suffices to say that a government institution confronted with a request involving a great number of documents and/or necessitating broad consultation must make a serious effort to assess the required duration, and that the estimated calculation be sufficiently rigorous, logical and supportable to pass muster under reasonableness review.

[80] In the case at bar, DND originally claimed to have estimated the time taken under paragraph 9(1)(b) (880 days) by simply dividing the number of pages requested by the number of pages involved in the average DFAIT consultation, and applying the resulting quotient (8) as a multiplier against the average DFAIT consultation time (110 days). Recognizing that the exercise will always contemplate a projection, this type of formula has on the face of it a deficient logic and falls short of

[77] Je constate que la version anglaise de l’alinéa 9(1)a prévoit qu’une institution fédérale a droit à une prorogation lorsque l’observation d’un délai plus court « *would unreasonably interfere with the operations* », alors que le texte français utilise les mots « *entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l’institution* ». De même, la notion du caractère raisonnable est intégrée au texte anglais de l’alinéa 9(1)b, mais la version française prévoit qu’une prorogation est justifiée lorsque les consultations nécessaires pour donner suite à la demande « *rendraient pratiquement impossible l’observation du délai* ». Enfin, le préambule de la version anglaise du paragraphe 9(1) mentionne « *a reasonable period of time, having regard to the circumstances* », alors que la version française parle « *d’une période que justifient les circonstances* ».

[78] Interprétés comme un tout, ces deux textes prévoient que la prorogation doit être raisonnable ou justifiée par les circonstances et qu’il faut démontrer que, sans la prorogation, la communication des documents entraverait de manière déraisonnable ou indue le « *fonctionnement de l’institution* » dans le cas de l’alinéa 9(1)a, et qu’il n’est pas raisonnable, ou en pratique possible, de s’attendre à ce que les consultations nécessaires soient menées à bien, dans le cas de l’alinéa 9(1)b.

[79] Il ne serait ni opportun ni utile que je dise quoi que ce soit de plus que ce qui est nécessaire pour trancher la présente affaire. Il suffit de dire que les institutions fédérales qui reçoivent une demande visant un grand nombre de documents ou nécessitant de vastes consultations doivent sérieusement s’employer à évaluer le délai requis et s’assurer que le calcul estimatif est suffisamment rigoureux, logique et soutenable pour tenir la route lors d’un examen de son caractère raisonnable.

[80] En l’espèce, le MDN a prétendu initialement avoir évalué le délai décidé au titre de l’alinéa 9(1)b) (880 jours) simplement en divisant le nombre de pages demandées par le nombre de pages en cause lors d’une consultation moyenne du MAECI, et en multipliant le quotient obtenu (8) par la durée moyenne des consultations du MAECI (110 jours). Comme cet exercice représentera toujours une projection, ce type de formule repose manifestement sur une logique déficiente et ne

demonstrating that a genuine attempt was made to assess the required duration. Though DND later claimed that other variables were taken into account, it could not explain why, if such other variables were accounted for, they had no impact whatsoever on the amount of time required under the formula disclosed in its original explanation.

[81] This type of perfunctory treatment of the matter shows that DND acted as though it was accountable to no one but itself in asserting its extension. Its treatment of the matter falls short of establishing that a serious effort was made to assess the duration of the extension. As such, the extension taken by DND does not meet the requirements of subsection 9(1). This suffices to establish the Commissioner's entitlement to the declaration sought.

DISPOSITION

[82] For the foregoing reasons, I would allow the appeal and giving the judgment which the Federal Court Judge should have given, I would declare DND to have entered into a state of deemed refusal pursuant to subsection 10(3) of the Act on March 5, 2011, upon the expiration of the 30-day time limit set out in section 7 of the Act. As no costs were sought, none are awarded.

STRATAS J.A.: I agree.

SCOTT J.A.: I agree.

ANNEX

[*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1]

Purpose **2.** (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

démontre pas qu'une tentative réelle a été faite pour évaluer la durée nécessaire. Le MDN a par la suite déclaré que d'autres variables ont été prises en compte, mais il ne pouvait pas expliquer pourquoi, si ces autres variables ont été comptabilisées, elles n'ont eu aucune incidence sur le temps nécessaire d'après la formule décrite dans son explication initiale.

[81] Ce type de traitement superficiel de la question démontre que le MDN a agi comme s'il n'avait de comptes à rendre à personne d'autre qu'à lui-même lorsqu'il a décidé de la prorogation. Son traitement de la question ne permet pas d'établir qu'un effort réel a été fait pour évaluer la durée de la prorogation. Par conséquent, la prorogation décidée par le MDN ne satisfait pas aux exigences du paragraphe 9(1). Cela suffit pour établir le droit de la commissaire au jugement déclaratoire demandé.

DISPOSITIF

[82] Pour les motifs susmentionnés, j'accueillerais l'appel, et rendant le jugement que la juge de la Cour fédérale aurait dû rendre, je déclarerais que le MDN était présumé avoir refusé la communication aux termes du paragraphe 10(3) de la Loi le 5 mars 2011, à l'expiration du délai de 30 jours mentionné à l'article 7 de la Loi. Comme les parties n'ont pas sollicité de dépens, aucuns dépens ne sont adjugés.

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

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

ANNEXE

[*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C., (1985), ch. A-1]

Objet **2.** (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

	...	[...]	
	4. ...	4. [...]	
Responsibility of government institutions	<p>(2.1) The head of a government institution shall, without regard to the identity of a person making a request for access to a record under the control of the institution, make every reasonable effort to assist the person in connection with the request, respond to the request accurately and completely and, subject to the regulations, provide timely access to the record in the format requested.</p>	<p>(2.1) Le responsable de l'institution fédérale fait tous les efforts raisonnables, sans égard à l'identité de la personne qui fait ou s'apprête à faire une demande, pour lui prêter toute l'assistance indiquée, donner suite à sa demande de façon précise et complète et, sous réserve des règlements, lui communiquer le document en temps utile sur le support demandé.</p>	Responsable de l'institution fédérale
	...	[...]	
Request for access to record	<p>6. A request for access to a record under this Act shall be made in writing to the government institution that has control of the record and shall provide sufficient detail to enable an experienced employee of the institution with a reasonable effort to identify the record.</p>	<p>6. La demande de communication d'un document se fait par écrit auprès de l'institution fédérale dont relève le document; elle doit être rédigée en des termes suffisamment précis pour permettre à un fonctionnaire expérimenté de l'institution de trouver le document sans problèmes sérieux.</p>	Demandes de communication
Notice where access requested	<p>7. Where access to a record is requested under this Act, the head of the government institution to which the request is made shall, subject to sections 8, 9 and 11, within thirty days after the request is received,</p> <p>(a) give written notice to the person who made the request as to whether or not access to the record or a part thereof will be given; and</p> <p>(b) if access is to be given, give the person who made the request access to the record or part thereof.</p>	<p>7. Le responsable de l'institution fédérale à qui est faite une demande de communication de document est tenu, dans les trente jours suivant sa réception, sous réserve des articles 8, 9 et 11 :</p> <p>a) d'aviser par écrit la personne qui a fait la demande de ce qu'il sera donné ou non communication totale ou partielle du document;</p> <p>b) le cas échéant, de donner communication totale ou partielle du document.</p>	Notification
	...	[...]	
Extension of time limits	<p>9. (1) The head of a government institution may extend the time limit set out in section 7 or subsection 8(1) in respect of a request under this Act for a reasonable period of time, having regard to the circumstances, if</p> <p>(a) the request is for a large number of records or necessitates a search through a large number of records and meeting the original time limit would unreasonably interfere with the operations of the government institution,</p>	<p>9. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut proroger le délai mentionné à l'article 7 ou au paragraphe 8(1) d'une période que justifient les circonstances dans les cas où :</p> <p>a) l'observation du délai entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l'institution en raison soit du grand nombre de documents demandés, soit de l'ampleur des recherches à effectuer pour donner suite à la demande;</p>	Prorogation du délai

	<p>(b) consultations are necessary to comply with the request that cannot reasonably be completed within the original time limit, or</p> <p>(c) notice of the request is given pursuant to subsection 27(1)</p> <p>by giving notice of the extension and, in the circumstances set out in paragraph (a) or (b), the length of the extension, to the person who made the request within thirty days after the request is received, which notice shall contain a statement that the person has a right to make a complaint to the Information Commissioner about the extension.</p>	<p>b) les consultations nécessaires pour donner suite à la demande rendraient pratiquement impossible l'observation du délai;</p> <p>c) avis de la demande a été donné en vertu du paragraphe 27(1).</p> <p>Dans l'un ou l'autre des cas prévus aux alinéas a), b) et c), le responsable de l'institution fédérale envoie à la personne qui a fait la demande, dans les trente jours suivant sa réception, un avis de prorogation de délai, en lui faisant part de son droit de déposer une plainte à ce propos auprès du Commissaire à l'information; dans les cas prévus aux alinéas a) et b), il lui fait aussi part du nouveau délai.</p>	
Notice of extension to Information Commissioner	<p>(2) Where the head of a government institution extends a time limit under subsection (1) for more than thirty days, the head of the institution shall give notice of the extension to the Information Commissioner at the same time as notice is given under subsection (1).</p> <p>...</p> <p>10. ...</p>	<p>(2) Dans les cas où la prorogation de délai visée au paragraphe (1) dépasse trente jours, le responsable de l'institution fédérale en avise en même temps le Commissaire à l'information et la personne qui a fait la demande.</p> <p>[...]</p> <p>10. [...]</p>	Avis au Commissaire à l'information
Deemed refusal to give access	<p>(3) Where the head of a government institution fails to give access to a record requested under this Act or a part thereof within the time limits set out in this Act, the head of the institution shall, for the purposes of this Act, be deemed to have refused to give access.</p> <p>...</p>	<p>(3) Le défaut de communication totale ou partielle d'un document dans les délais prévus par la présente loi vaut décision de refus de communication.</p> <p>[...]</p>	Présomption de refus
Receipt and investigation of complaints	<p>30. (1) Subject to this Act, the Information Commissioner shall receive and investigate complaints</p> <p>(a) from <u>persons who have been refused access</u> to a record requested under this Act or a part thereof;</p> <p>(b) from persons who have been required to pay an amount under section 11 that they consider unreasonable;</p>	<p>30. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Commissaire à l'information reçoit les plaintes et fait enquête sur les plaintes :</p> <p>a) déposées par des <u>personnes qui se sont vu refuser la communication</u> totale ou partielle d'un document qu'elles ont demandé en vertu de la présente loi;</p> <p>b) déposées par des personnes qui considèrent comme excessif le montant réclamé en vertu de l'article 11;</p>	Réception des plaintes et enquêtes

(c) from persons who have requested access to records in respect of which time limits have been extended pursuant to section 9 where they consider the extension unreasonable;

...

Findings and recommendations of Information Commissioner

37. (1) If, on investigating a complaint in respect of a record under this Act, the Information Commissioner finds that the complaint is well-founded, the Commissioner shall provide the head of the government institution that has control of the record with a report containing

(a) the findings of the investigation and any recommendations that the Commissioner considers appropriate; and

(b) where appropriate, a request that, within a time specified in the report, notice be given to the Commissioner of any action taken or proposed to be taken to implement the recommendations contained in the report or reasons why no such action has been or is proposed to be taken.

...

Review by Federal Court

41. Any person who has been refused access to a record requested under this Act or a part thereof may, if a complaint has been made to the Information Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Information Commissioner are reported to the complainant under subsection 37(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

Information Commissioner may apply or appear

42. (1) The Information Commissioner may

(a) apply to the Court, within the time limits prescribed by section 41, for a review of any refusal to disclose a record requested under this Act or a part thereof in respect of which an investigation has been carried out by the Information Commissioner, if the Commissioner has the consent of the person who requested access to the record;

c) déposées par des personnes qui ont demandé des documents dont les délais de communication ont été prorogés en vertu de l'article 9 et qui considèrent la prorogation comme abusive;

[...]

37. (1) Dans les cas où il conclut au bien-fondé d'une plainte portant sur un document, le Commissaire à l'information adresse au responsable de l'institution fédérale de qui relève le document un rapport où :

a) il présente les conclusions de son enquête ainsi que les recommandations qu'il juge indiquées;

b) il demande, s'il le juge à propos, au responsable de lui donner avis, dans un délai déterminé, soit des mesures prises ou envisagées pour la mise en œuvre de ses recommandations, soit des motifs invoqués pour ne pas y donner suite.

[...]

Conclusions et recommandations du Commissaire à l'information

41. La personne qui s'est vu refuser communication totale ou partielle d'un document demandé en vertu de la présente loi et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à l'information peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 37(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

Révision par la Cour fédérale

42. (1) Le Commissaire à l'information a qualité pour :

a) exercer lui-même, à l'issue de son enquête et dans les délais prévus à l'article 41, le recours en révision pour refus de communication totale ou partielle d'un document, avec le consentement de la personne qui avait demandé le document;

Exercice du recours par le Commissaire, etc.

(b) appear before the Court on behalf of any person who has applied for a review under section 41; or

(c) with leave of the Court, appear as a party to any review applied for under section 41 or 44. [Emphasis added.]

b) comparaître devant la Cour au nom de la personne qui a exercé un recours devant la Cour en vertu de l'article 41;

c) comparaître, avec l'autorisation de la Cour, comme partie à une instance engagée en vertu des articles 41 ou 44. [Non souligné dans l'original.]

A-415-13
2015 FCA 100

A-415-13
2015 CAF 100

Imperial Manufacturing Group Inc. and Home Depot of Canada Inc. (*Appellants*)

Imperial Manufacturing Group Inc. et Home Depot of Canada Inc. (*appelantes*)

v.

c.

Decor Grates Incorporated (*Respondent*)

Decor Grates Incorporated (*intimée*)

INDEXED AS: DECOR GRATES INCORPORATED v. IMPERIAL MANUFACTURING GROUP INC.

RÉPERTORIÉ : DECOR GRATES INCORPORATED c. IMPERIAL MANUFACTURING GROUP INC.

Federal Court of Appeal, Stratas, Webb and Scott J.J.A.—Toronto, September 11, 2014; Ottawa, April 20, 2015.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Webb et Scott, J.C.A.—Toronto, 11 septembre 2014; Ottawa, 20 avril 2015.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Discretionary interlocutory orders — Appeal from Federal Court order dismissing appellants' motion for particulars in action by respondent against appellants for infringement of certain industrial designs — Respondent granted registrations for two designs for floor heating grates under Industrial Design Act — Appellants seeking particulars of certain allegations in respondent's statement of claim — Claiming particulars relevant to certain defences to respondent's claim of infringement — On appeal, appellants submitting that Federal Court erring in law, improperly weighing relevant factors in matter — Asking Federal Court of Appeal to reweigh factors at issue, substitute discretion for that of Federal Court — Which line of authority on standard of review of discretionary interlocutory orders applying in present case — Line of authority on standard of review of discretionary interlocutory orders of Federal Court beginning with 1995 decision in David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc. — In 2002, Supreme Court of Canada decision in Housen v. Nikolaisen providing definitive word on standard of review in civil cases — Given Housen, continued existence of David Bull line of authority considered redundant — However, unlike Housen, David Bull line of authority not capturing "palpable and overriding error" concept — Thus, offering false hope that appellate courts interfering on basis of reweighings but Federal Court of Appeal never doing this — For reasons of simplicity, coherency, only standard of review articulated in Housen should be used when Federal Court of Appeal reviewing discretionary, interlocutory orders — Thus, in accordance with Housen, absent error on question of law or extricable legal principle, intervention warranted only in cases of palpable, overriding error — No such error herein — Appeal dismissed.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Ordonnances interlocutoires discrétionnaires — Appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté la requête des appelantes en vue d'obtenir des précisions dans le cadre d'une poursuite intentée par l'intimée contre les appelantes pour contrefaçon de certains dessins industriels — L'intimée a obtenu l'enregistrement de deux dessins de grilles de chauffage de plancher en application de la Loi sur les dessins industriels — Les appelantes souhaitent obtenir des précisions au sujet de certaines des allégations contenues dans la déclaration de l'intimée — Les appelantes ont fait valoir que les précisions demandées étaient pertinentes quant à certains moyens de défense visant à répondre aux allégations de contrefaçon de l'intimée — En appel, les appelantes ont affirmé que la Cour fédérale a commis une erreur de droit et qu'elle a mal apprécié les facteurs pertinents — Les appelantes ont demandé à la Cour d'appel fédérale d'apprécier de nouveau les facteurs en litige et substituer sa propre décision à celle de la Cour fédérale — Il s'agissait de savoir quelle jurisprudence sur la norme de contrôle des ordonnances interlocutoires discrétionnaires s'appliquait en l'espèce — La jurisprudence sur la norme de contrôle des ordonnances interlocutoires a commencé avec l'arrêt David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc. en 1995 — En 2002, la décision de la Cour suprême du Canada dans Housen c. Nikolaisen a tranché définitivement la question de la norme de contrôle en matière civile — Compte tenu de l'arrêt Housen, la jurisprudence issue de l'arrêt David Bull est devenue dans une certaine mesure redondante — Toutefois, la jurisprudence issue de l'arrêt David Bull n'englobe pas le concept d'« erreur manifeste et dominante », à la différence de l'arrêt Housen — Elle suscite le faux espoir que les tribunaux d'appel interviennent pour

Industrial Design — In action brought by respondent against appellants for infringement of certain industrial designs, appellants moving for particulars but Federal Court dismissing appellant's motion — Federal Court denying request for particulars since finding appellants embarking on "fishing expedition" — Appellants appealing Federal Court's order — Whether Federal Court erring herein — Applicable standard of review that set out by Supreme Court of Canada in Housen v. Nikolaisen — Absent error on question of law or extricable legal principle, intervention warranted only in cases of palpable, overriding error — Regarding appellants' request for particulars, information appellants seeking relating to matters relevant to propriety of information sought on discovery; request suggesting appellants misapprehending purpose of particulars — Industrial Design Act, s. 7(3), dealing with registration certificates, creating rebuttable presumption not conclusive one — Provided party having some evidence conflicting with certificate of registration (i.e. "proof to the contrary" in s. 7(3)), party can rely on evidence in support of allegation in statement of defence that presumption rebutted to extent of conflict — If appellants not having any conflicting evidence, cannot plead having "proof to the contrary" — Doing so would be abuse of process — As to appellants' argument that Federal Court erring in finding that request for particulars constituting "fishing expedition", Federal Court not erring on any legal point, including on law relating to Act, s. 7(3) — Appellants not persuading Federal Court of Appeal that threshold of palpable, overriding error met — In present case, all of Federal Court's findings of mixed fact and law, of fact based on evidence — Federal Court not making any obvious error or error going to very core of outcome reached.

procéder à une nouvelle appréciation, mais ce n'est jamais ce que la Cour d'appel fédérale doit faire — Par souci de cohérence et de simplicité, seule la formulation de la norme de contrôle figurant dans l'arrêt Housen devrait être utilisée lorsque la Cour d'appel fédérale est saisie d'une demande de contrôle d'une ordonnance interlocutoire discrétionnaire — Par conséquent, conformément à l'arrêt Housen, à défaut d'erreur sur une question de droit ou un principe juridique isolable, l'intervention de la Cour n'est justifiée que dans les cas d'erreurs manifestes et dominantes — Il n'y a pas eu une telle erreur en l'espèce — Appel rejeté.

Dessins industriels — Dans le cadre d'une poursuite intentée par l'intimée contre les appelantes pour contrefaçon de certains dessins industriels, la Cour fédérale a rejeté la requête des appelantes en vue d'obtenir des précisions — La Cour fédérale a rejeté la demande de précisions des appelantes ayant conclu que les appelantes s'étaient livrées à une « recherche à l'aveuglette » — Les appelantes ont interjeté appel de l'ordonnance de la Cour fédérale — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en l'espèce — La norme de contrôle applicable était celle établie par l'arrêt Housen c. Nikolaisen — À défaut d'erreur sur une question de droit ou un principe juridique isolable, l'intervention de la Cour n'est justifiée que dans les cas d'erreurs manifestes et dominantes — Quant à la demande de précisions des appelantes, les renseignements qu'elles sollicitaient avaient trait à des questions quant au bien-fondé d'une demande de renseignements dans le cadre d'une communication préalable; la demande laissait supposer que les appelantes méconnaissaient l'objet des précisions — L'art. 7(3) de la Loi sur les dessins industriels prévoit une présomption réfutable et non une présomption irréfutable — Des lors qu'une partie dispose de certains éléments de preuve qui contredisent le certificat d'enregistrement (c.-à-d. une « preuve contraire » selon l'art. 7(3)), elle peut se fonder sur cette preuve à l'appui d'une allégation formulée dans sa défense pour affirmer que la présomption est réfutée dans la mesure de la contradiction — Si les appelants n'ont aucun autre élément de preuve contradictoire, ils ne peuvent affirmer avoir de « preuve contraire », au risque de commettre un abus de procédure — Quant à l'argument des appelantes selon lequel le juge de première instance a commis une erreur en concluant que leur demande de précisions constituait une « recherche à l'aveuglette », la Cour fédérale n'a commis aucune erreur sur une question juridique, y compris sur la règle de droit relative à l'art. 7(3) de la Loi — Les appelantes n'ont pas convaincu la Cour d'appel fédérale que le critère minimal de l'erreur manifeste et dominante a été satisfait — En l'espèce, toutes les conclusions mixtes de fait et de droit et les conclusions de fait tirées par la Cour fédérale étaient fondées sur la preuve — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur évidente touchant directement à l'issue de l'affaire.

This was an appeal from a Federal Court order dismissing the appellants' motion for particulars in an action brought by the respondent against the appellants for infringement of certain industrial designs. The respondent was granted registrations for two designs for floor heating grates under the *Industrial Design Act*. The appellants were seeking particulars of certain allegations in the respondent's statement of claim relating, *inter alia*, to the store locations and outlets where the respondent's products are sold, to both of the respondent's industrial designs and to floor registers sold by the respondent to one of the appellant's during a specific period. The appellants claimed that the particulars were relevant to certain defences to the respondent's claim of infringement. While the Federal Court acknowledged that the two defences the appellants wanted to raise existed in law, it denied their request for particulars since it found that they had embarked on a "fishing expedition." The Federal Court also found that some of the particulars sought were not relevant or were known to the appellant Home Depot and could be shared with the appellant Imperial Manufacturing.

On appeal, the appellants submitted that the Federal Court erred in law and that it weighed the relevant factors in this matter improperly. It therefore asked, in particular, that the Federal Court of Appeal reweigh those factors and substitute its discretion for that of the Federal Court.

The issues were which line of authority on the standard of review of discretionary interlocutory orders applied in this case and whether the Federal Court erred in law.

Held, the appeal should be dismissed.

The line of authority on the standard of review of discretionary interlocutory orders of the Federal Court began with the 1995 decision in *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, which the Federal Court of Appeal has applied as if it were a separate rule of law that stands apart from the more general standard of review set out by the Supreme Court in *Housen v. Nikolaisen* rendered in 2002. In that decision, it was held that the standard of review for questions of mixed fact and law is "palpable and overriding error" unless there is an extricable legal principle at issue. It had to be determined whether the *David Bull* line of authority or *Housen* applied in this case based on whether the matter was interlocutory and discretionary. Determining which line of authority applied caused several problems, which were examined and discussed. *Housen*, binding on all, provided the

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté la requête des appelantes en vue d'obtenir des précisions dans le cadre d'une poursuite intentée par l'intimée contre les appelantes pour contrefaçon de certains dessins industriels. L'intimée a obtenu l'enregistrement de deux dessins de grilles de chauffage de plancher en application de la *Loi sur les dessins industriels*. Les appelantes ont présenté une requête en vue d'obtenir des précisions au sujet de certaines des allégations contenues dans la déclaration de l'intimée, dont des précisions au sujet de l'emplacement des magasins et des points de vente où les produits de l'intimée sont vendus, des deux dessins industriels de l'intimée et des grilles de soufflage vendues par l'intimée à l'appelante durant une période précise. Les appelantes ont fait valoir que les précisions demandées étaient pertinentes quant à certains moyens de défense visant à répondre aux allégations de contrefaçon de l'intimée. Bien que la Cour fédérale ait reconnu que les deux moyens de défense que les appelantes voulaient faire valoir existaient effectivement en droit, elle a rejeté la demande de précisions en concluant que les appelantes s'étaient livrées à une « recherche à l'aveuglette ». La Cour fédérale a également conclu que certaines des précisions demandées n'étaient tout simplement pas pertinentes ou étaient déjà connues de l'appelante Home Depot, laquelle pouvait les communiquer à l'autre appelante, Imperial Manufacturing.

En appel, les appelantes ont affirmé que la Cour fédérale a commis une erreur de droit et qu'elle a mal apprécié les facteurs pertinents. Elles ont par conséquent demandé que la Cour d'appel fédérale apprécie de nouveau ces facteurs et substitue sa propre décision à celle de la Cour fédérale.

Il s'agissait de savoir quelle jurisprudence sur la norme de contrôle des ordonnances interlocutoires discrétionnaires s'appliquait en l'espèce et si la Cour fédérale a commis une erreur de droit.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

La jurisprudence sur la norme de contrôle des ordonnances interlocutoires discrétionnaires de la Cour fédérale a commencé en 1995 avec l'arrêt *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, que la Cour d'appel fédérale a appliquée comme s'il s'agissait d'une règle de droit distincte de la jurisprudence plus générale relative à la norme de contrôle établie par la Cour suprême dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen* rendue en 2002. Dans cette décision, la Cour suprême a jugé que la norme de contrôle qui s'applique dans le cas des questions mixtes de fait et de droit est celle de l'« erreur manifeste et dominante », sauf lorsque la question implique un principe juridique facilement isolable. Il fallait déterminer si, en l'espèce, la jurisprudence issue de l'arrêt *David Bull* s'appliquait ou si l'arrêt *Housen* s'appliquait, selon que l'affaire plaidée était interlocutoire et discrétionnaire. Déterminer

definitive word on the standard of review in civil cases and today that standard remains the basis on which appellate courts can interfere with discretionary decisions. To some extent, given *Housen*, the continued existence of the *David Bull* line of authority was considered redundant. However, unlike *Housen*, the *David Bull* line of authority does not capture the “palpable and overriding error” concept and therefore offers the false hope that appellate courts will interfere on the basis of reweighings, something the Federal Court of Appeal never does. Moreover, no rationale supported the standard of review on discretionary matters or matters of mixed fact and law in the Federal Courts being different from the standard of review applied by other courts across Canada. In the interests of simplicity and coherency, all other jurisdictions apply *Housen* on all standard of review cases across the board and so should the Federal Court of Appeal. To eliminate the problems raised and for reasons of simplicity and coherency, only the standard of review articulated in *Housen* should be used when the Federal Court of Appeal reviews discretionary interlocutory orders. Thus, in accordance with *Housen*, absent error on a question of law or an extricable legal principle, intervention is warranted only in cases of palpable and overriding error.

As to the merits of the appeal, the appellants were seeking particulars, claiming that these would enable them to appreciate the facts on which the case is founded and better understand the respondent’s position. But the information the appellants sought related to matters that were relevant to the propriety of information sought on discovery, not whether particulars in a statement of claim should be granted because a party needs them in order to plead. Their request suggested that the appellants misapprehended the purpose of particulars, which are not supplied because they will make a pleading better or more forceful, but because without them they cannot plead in response to an important point. Subsection 7(3) of the Act, which deals with the certificate of registration of an industrial design, creates a rebuttable presumption not a conclusive one. Provided a party has some evidence that conflicts with the certificate (i.e. “proof to the contrary”), it can rely on that evidence in support of an allegation in its statement of defence that the presumption is rebutted to the extent of the conflict. If the appellants do not have any conflicting evidence at all, they cannot plead they have “proof to the contrary.” To do so would be an abuse of process.

quelle jurisprudence s’appliquait soulevait plusieurs problèmes, lesquels ont été examinés et discutés. Dans l’arrêt *Housen*, une décision de la Cour suprême qui lie tous les tribunaux, la Cour suprême a tranché définitivement la question de la norme de contrôle en matière civile et de nos jours, cette norme demeure celle sur laquelle les juridictions d’appel se fondent pour intervenir dans des décisions discrétionnaires. Compte tenu de l’arrêt *Housen*, la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull* est devenue dans une certaine mesure redondante. Toutefois, la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull* n’englobe pas le concept d’« erreur manifeste et dominante », à la différence de l’arrêt *Housen*, de sorte qu’elle suscite le faux espoir que les tribunaux d’appel interviennent pour procéder à une nouvelle appréciation, mais ce n’est jamais ce que la Cour d’appel fédérale doit faire. De plus, aucun raisonnement ne justifierait d’appliquer devant les Cours fédérales une norme de contrôle différente de celle qui est appliquée par les autres tribunaux canadiens dans le cas d’affaires discrétionnaires ou portant sur des questions mixtes de fait et de droit. Par souci de simplicité et de cohérence, les tribunaux de toutes les autres provinces appliquent systématiquement la norme établie dans l’arrêt *Housen* dans toutes les affaires portant sur l’application de la norme de contrôle et la Cour d’appel fédérale devrait en faire autant. Pour éliminer ces problèmes et par souci de cohérence et de simplicité, seule la formulation de la norme de contrôle figurant dans l’arrêt *Housen* devrait être utilisée lorsque la Cour d’appel fédérale est saisie d’une demande de contrôle d’une ordonnance interlocutoire discrétionnaire. Ainsi, conformément à l’arrêt *Housen*, à défaut d’erreur sur une question de droit ou un principe juridique isolable, l’intervention de la Cour n’est justifiée que dans les cas d’erreurs manifestes et dominantes.

Quant au bien-fondé de l’appel, les appelantes demandaient des précisions, faisant valoir que la communication de celles-ci leur permettrait de comprendre les faits sur lesquels repose l’affaire et de mieux comprendre la thèse de l’intimée. Mais les renseignements que les appelantes demandaient concernaient des questions qui étaient pertinentes quant au bien-fondé d’une demande de renseignements dans le cadre d’une communication préalable et non quant à la question de savoir s’il y a lieu d’ordonner la communication de précisions se rapportant à la déclaration parce qu’une partie en a besoin pour pouvoir plaider. Leur demande supposait que les appelantes méconnaissaient l’objet des précisions, lesquelles ne sont pas communiquées parce qu’elles rendront un acte de procédure meilleur ou plus convaincant. Elles sont communiquées parce que, sans elles, une partie ne peut plaider en réponse à une question importante. Le paragraphe 7(3) de la Loi, qui traite des certificats d’enregistrement des dessins industriels, prévoit une présomption réfutable et non une présomption irréfutable. Dès lors qu’une partie dispose de certains éléments de preuve qui contredisent le certificat (c.-à-d. une « preuve contraire »), elle peut se fonder sur cette preuve à

The appellants also submitted that the Federal Court erred in finding that their request for particulars was a “fishing expedition.” The Federal Court set out the law relating to the Act and subsection 7(3) in particular and did not err on any legal point. As a result, the Federal Court’s finding that the appellants were engaged in a “fishing expedition” was a question of mixed fact and law heavily suffused by facts. Therefore, in order to succeed on this point, the appellants had to persuade the Federal Court of Appeal that the Federal Court committed a palpable and overriding error, which is a high standard. In this case, the appellants did not persuade the Federal Court of Appeal that the threshold of palpable and overriding error was met. All of the Federal Court’s findings of mixed fact and law and findings of fact had a basis in the evidence and there was no error that was obvious and went to the very core of the outcome reached.

l’appui d’une allégation formulée dans sa défense pour affirmer que la présomption est réfutée dans la mesure de la contradiction. Toutefois, si les appelants n’ont aucun autre élément de preuve contradictoire, ils ne peuvent affirmer avoir de « preuve contraire », au risque de commettre un abus de procédure.

Les appelantes ont également affirmé que la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que leur demande de précisions constituait une « recherche à l’aveuglette ». La Cour fédérale a énoncé la règle de droit relative à la Loi et au paragraphe 7(3) de cette loi en particulier, et elle n’a commis aucune erreur sur une question juridique. Par conséquent, la conclusion de la Cour fédérale suivant laquelle les appelantes s’étaient livrées à une « recherche à l’aveuglette » était une question mixte de fait et de droit largement tributaire des faits. Par conséquent, pour obtenir gain de cause à cet égard, les appelantes devaient donc convaincre la Cour d’appel fédérale que la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante, qui est une norme exigeante. Dans la présente affaire, les appelantes n’ont pas convaincu la Cour d’appel fédérale que le critère minimal de l’erreur manifeste et dominante a été satisfait. Toutes les conclusions mixtes de fait et de droit ainsi que les conclusions de fait tirées par la Cour fédérale étaient fondées sur la preuve. Autrement dit, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur évidente touchant directement à l’issue de l’affaire.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 3.
Industrial Design Act, R.S.C., 1985, c. I-9, ss. 6(3)(b), 7(3), 12, 13.

CASES CITED

FOLLOWED:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

CONSIDERED:

David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc., [1995] 1 F.C. 588, (1994), 58 C.P.R. (3d) 209 (C.A.); *Reliance Comfort Limited Partnership v. Commissioner of Competition*, 2013 FCA 129; *Apotex Inc. v. Canada (Governor in Council)*, 2007 FCA 374, 76 Admin. L.R. (4th) 20; *Penner v. Niagara (Regional Police Services Board)*, 2013 SCC 19, [2013] 2 S.C.R. 125; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Nabisco Brands Ltd. v. Procter & Gamble Co. et al.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417, 62 N.R. 364 (F.C.A.); *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les dessins industriels, L.R.C. (1985), ch. I-9, art. 6(3)b), 7(3), 12, 13.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 3.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc., [1995] 1 C.F. 588 (C.A.); *Reliance Comfort Limited Partnership c. Commissaire de la concurrence*, 2013 CAF 129; *Apotex Inc. c. Canada (Gouverneur en Conseil)*, 2007 CAF 374; *Penner c. Niagara (Commission régionale de services policiers)*, 2013 CSC 19, [2013] 2 R.C.S. 125; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Nabisco Brands Ltée c. Procter & Gamble Co. et al.*, [1985] A.C.F. n° 517 (C.A.F.); *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165.

REFERRED TO:

H.L. v. Canada (Attorney General), 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *Ontario Federation of Anglers and Hunters v. Alderville Indian Band*, 2014 FCA 145, 461 N.R. 327; *Elders Grain Co. v. Ralph Misener (The)*, 2005 FCA 139, [2005] 3 F.C.R. 367; *Peguis First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 7, 67 Admin. L.R. (5th) 64; *Sandoz Canada Inc. v. Abbott Laboratories*, 2014 FCA 168, 65 Admin. L.R. (5th) 64; *Apotex Inc. v. Bristol-Myers Squibb Company*, 2011 FCA 34, 91 C.P.R. (4th) 307; *Merchant Law Group v. Canada Revenue Agency*, 2010 FCA 184, 321 D.L.R. (4th) 301; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557; *Waxman v. Waxman* (2004), 186 O.A.C. 201, 44 B.L.R. (3d) 165.

APPEAL from a Federal Court order (2013 FC 1189) dismissing the appellants' motion for particulars in an action brought by the respondent against the appellants for infringement of certain industrial designs. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Pierre Robichaud and *Alessandro Colonnier* for appellants.
R. Aaron Rubinoff and *John Siwiec* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Andrews Robichaud, Ottawa, for appellants.
Perley-Robertson, Hill & McDougall LLP/s.r.l., Ottawa, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] STRATAS J.A.: The appellants appeal from the order dated November 26, 2013 of the Federal Court (*per* Justice Gleason): 2013 FC 1189.

[2] In the Federal Court, the appellants moved for particulars of certain allegations in the respondent's statement of claim. The Federal Court dismissed the motion. The appellants, Imperial Manufacturing and Home Depot, appeal from the dismissal.

DÉCISIONS CITÉES :

H.L. c. Canada (Procureur général), 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *Ontario Federation of Anglers and Hunters c. Bande indienne d'Alderville*, 2014 CAF 145; *Elders Grain Co. c. Ralph Misener (Le)*, 2005 CAF 139, [2005] 3 R.C.F. 367; *Première nation de Peguis c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 7; *Sandoz Canada Inc. c. Abbott Laboratories*, 2014 CAF 168; *Apotex Inc. c. Bristol-Myers Squibb Company*, 2011 CAF 34; *Merchant Law Group c. Canada Agence du revenu*, 2010 CAF 184; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557; *Waxman v. Waxman* (2004), 186 O.A.C. 201, 44 B.L.R. (3d) 165.

APPEL interjeté à l'encontre d'une ordonnance de la Cour fédérale (2013 CF 1189) qui a rejeté la requête des appelantes en vue d'obtenir des précisions dans le cadre d'une poursuite intentée par l'intimée contre les appelantes pour contrefaçon de certains dessins industriels. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Pierre Robichaud et *Alessandro Colonnier* pour les appelantes.
R. Aaron Rubinoff et *John Siwiec* pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Andrews Robichaud, Ottawa, pour les appelantes.
Perley-Robertson, Hill & McDougall LLP/s.r.l., Ottawa, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Les appelantes interjetent appel d'une ordonnance rendue le 26 novembre 2013 par la juge Gleason de la Cour fédérale (2013 CF 1189).

[2] Devant la Cour fédérale, les appelantes ont présenté une requête en vue d'obtenir des précisions au sujet de certaines des allégations contenues dans la déclaration de l'intimée. La Cour fédérale a rejeté cette requête. Les appelantes, Imperial Manufacturing et Home Depot, interjetent appel de cette décision.

[3] For the reasons set out below, I would dismiss the appeal with costs.

A. Basic Facts

[4] In this case, the respondent, Decor Grates Incorporated, has sued the appellants for infringement of certain industrial designs. It was granted registrations for two designs for floor heating grates under the *Industrial Design Act*, R.S.C., 1985, c. I-9.

[5] In the Federal Court, the appellants moved for an order for particulars. Discussions ensued and the discussions helped to narrow the parties' dispute.

[6] When the matter came before the Federal Court, the particulars sought fell into three categories:

- Particulars as to the store locations and outlets where the products of Decor Grates are sold, as well as the scope and nature of its products, and the duration it has been selling its products (for paragraph 2 of the statement of claim);
- Particulars regarding both industrial designs, including how and when each design was created and finalized, the names and addresses of those who created the designs, their relationship with Decor Grates and copies of any agreements or assignments (for paragraph 6 of the statement of claim);
- Particulars of all floor registers sold by Decor Grates to the appellant, Home Depot, from the late 1990's to January 2013 (for paragraph 10 of the statement of claim).

[7] The Federal Court set out the principles that govern the granting of particulars (at paragraph 3):

The rules applicable to requests for particulars and pleadings are well-established and require a party to plead with

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

A. Faits essentiels

[4] Dans la présente affaire, l'intimée, Decor Grates Incorporated, a poursuivi les appelantes pour contrefaçon de certains dessins industriels. Elle a obtenu l'enregistrement de deux dessins de grilles de chauffage de plancher en application de la *Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. (1985), ch. I-9.

[5] Les appelantes ont présenté à la Cour fédérale une requête en précisions. Les discussions qui s'en sont ensuivies ont permis de circonscrire le différend opposant les parties.

[6] Les précisions demandées devant la Cour fédérale entraient dans trois catégories :

- des précisions au sujet de l'emplacement des magasins et des points de vente où les produits de Decor Grates sont vendus, et au sujet de l'étendue et la nature des produits visés et de la période depuis laquelle Decor Grates vend ses produits (en rapport avec le paragraphe 2 de la déclaration);
- des précisions concernant les deux dessins industriels, notamment la manière dont chaque dessin a été créé et parachevé et les dates auxquelles cela a été fait, le nom et l'adresse des créateurs des dessins, leurs rapports avec Decor Grates, et l'existence de copies de toute entente ou de toute cession (en rapport avec le paragraphe 6 de la déclaration);
- des précisions concernant toutes les grilles de soufflage vendues par Decor Grates à l'appelante Home Depot entre la fin des années 1990 et janvier 2013 (en rapport avec le paragraphe 10 de la déclaration).

[7] La Cour fédérale a énoncé les principes régissant la communication des précisions (au paragraphe 3) :

Les principes applicables aux demandes de précisions et aux actes de procédure sont bien connus : les actes de procédure

sufficient particularity to set out the basis for its claim or defence so as to inform the other party of the case it has to meet, allow it to prepare its responding pleading, avoid surprise and appropriately limit and shape the scope of discovery and evidence at trial (see e.g. *Gulf Canada Ltd v Mary Macklin*, [1984] 1 FC 884 (QL) (FCA)). As the plaintiff correctly notes, the scope of permissible requests for particulars is narrower at the pleading stage than later on in the litigation or during discovery (see e.g. *Quality Goods IMD Inc v RSM International Active Wear Inc* (1995), 63 CPR (3d) 499 (FCTD) (*Quality Goods*) at para 2). Moreover, a party is not entitled to request particulars of information within its knowledge unless the pleading is otherwise faulty through its failure to plead a necessary material fact, and a request for particulars equivalent to a fishing expedition, to determine if there is a factual basis for a potential defence, is not appropriate (see e.g. *Quality Goods* at paras 2-3; *Windsurfing International Inc v Novaction Sports Inc* (1987), 18 CPR (3d) 230 (FCTD) (*Windsurfing*) at para 17; *Embee Electronics Agencies Ltd v Agence Sherwood Agencies Inc* (1979), 43 CPR (2d) 285 (FCTD) (*Embee*) at para 3).

[8] I see no error in the Federal Court’s summary of the relevant principles, though later I shall offer some further guidance on the relevant principles.

[9] In the Federal Court, the appellants submitted, as they submit in this Court, that the particulars are relevant to certain defences to Decor Grates’ claim of infringement. The appellants would like to advance two defences:

- The appellants query whether Decor Grates is a “proprietor” under the *Industrial Design Act*, R.S.C., 1985, c. I-9. Under that Act, registrations may be granted only to “proprietors” of industrial designs. Section 12 of the Act states that the “author of a design is the first proprietor of the design, unless the author has executed the design for another person for ... consideration, in which case the other person is the first proprietor.” Section 13 of the Act provides for transmission of proprietorship through assignment, which must be registered with what was known as the Office of the Commissioner

présentés par les parties doivent contenir suffisamment de détails pour exposer le fondement de la déclaration ou de la défense de manière à ce que la partie adverse puisse savoir quels arguments elle devra réfuter, pour qu’elle soit en mesure de préparer sa réponse, pour éviter les surprises et pour circonscrire et encadrer de façon appropriée la communication préalable et la présentation de la preuve au procès (voir, par exemple l’arrêt *Gulf Canada Ltd c Le remorqueur Mary Macklin*, [1984] 1 CF 884 (QL) (CAF)). Ainsi que la demanderesse le fait observer à juste titre, la portée des demandes de précisions autorisées est plus limitée à l’étape du dépôt des actes de procédure qu’à celui du procès ou de l’enquête préalable (voir, par exemple la décision *Quality Goods IMD Inc c RSM International Active Wear Inc (Quality Goods)* (1995), 63 CPR (3d) 499 (CF 1^{re} inst.) au paragraphe 2). De plus, une partie n’a pas le droit de demander de précisions sur des renseignements qu’elle connaît déjà, à moins que l’acte de procédure soit par ailleurs vicié du fait qu’il omet un fait important nécessaire, et une demande de précisions équivalant à une recherche à l’aveuglette qui vise à déterminer s’il existe un fondement factuel permettant de présenter une éventuelle défense n’est pas acceptable (voir, par exemple, *Quality Goods*, aux paragraphes 2 et 3; *Windsurfing International Inc c Novaction Sports Inc*, (1987), 18 CPR (3d) 230 (CF 1^{re} inst.) (*Windsurfing*), au paragraphe 17; *Embee Electronics Agencies Ltd c Agence Sherwood Agencies Inc* (1979), 43 CPR (2d) 285 (CF 1^{re} inst.) (*Embee*), au paragraphe 3).

[8] Je ne décèle aucune erreur dans le résumé que la Cour fédérale a fait des principes applicables, mais je vais donner plus loin d’autres indications à ce sujet.

[9] Devant la Cour fédérale, tout comme devant notre Cour, les appelantes ont fait valoir que les précisions demandées sont pertinentes quant à certains moyens de défense visant à répondre aux allégations de contrefaçon de Decor Grates. Les appelantes souhaitent faire valoir les deux moyens de défense suivants :

- Les appelantes se demandent si Decor Grates est une « propriétaire » au sens de la *Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. (1985), ch. I-9. Aux termes de cette loi, l’enregistrement ne peut être accordé qu’aux « propriétaires » des dessins industriels. L’article 12 de la Loi prévoit que « [l]’auteur d’un dessin en est le premier propriétaire, à moins que, pour contrepartie à titre onéreux, il ne l’ait exécuté pour une autre personne, auquel cas celle-ci en est le premier propriétaire ». L’article 13 de la Loi permet la transmission de la propriété par voie de cession, laquelle doit être enregistrée auprès de ce

of Patents (now the Canadian Intellectual Property Office).

- The appellants query whether they have a defence under paragraph 6(3)(b) of the Act. That paragraph provides that the Minister shall refuse to issue a registration if the application for registration is filed more than one year after the design is published anywhere. The appellants wish to investigate whether this may have happened, triggering the paragraph 6(3)(b) defence.

[10] The Federal Court acknowledged that the two defences do exist in law and can potentially arise in a case such as this. However, it denied the request for particulars, finding that the appellants had embarked upon a “fishing expedition” (at paragraph 8):

The [appellants] argue[d] that they are entitled to the requested particulars as they concern potential defences, and, therefore, are material facts. With respect, I disagree and instead believe that the requests constitute an impermissible “fishing expedition” to discover whether there might be a defence open to the defendants, which is not the subject of a proper request for particulars. As Justice Marceau noted in *Embee* [*Embee Electronics Agencies Ltd. v. Agence Sherwood Agencies Inc.* (1979), 43 C.P.R. (2d) 285 (F.C.T.D.)] at para 3, a defendant should not be allowed to use a request for particulars “as a means to go on a fishing expedition in order to discover some grounds of defence still unknown to him”. That is precisely what the defendants seek to do here with respect to the facts outside their knowledge; they seek the particulars to determine if grounds for the two potential defences exist.

[11] Later, the Federal Court added that the particulars were simply not relevant (at paragraph 10):

Here, on the other hand, the requested particulars are not an essential element of the plaintiff’s claim as under [sub]sections 7(3) and 9 of the [*Industrial Design Act*] the fact of registration is all that the plaintiff must establish to prove its entitlement

qui était alors connu sous le nom de bureau du commissaire aux brevets (maintenant l’Office de la propriété intellectuelle du Canada).

- Les appelantes se demandent si elles peuvent invoquer un moyen de défense fondé sur l’alinéa 6(3)b) de la Loi. Cet alinéa prévoit que le ministre refuse d’enregistrer un dessin si la demande d’enregistrement est déposée plus d’un an après sa publication au Canada. Les appelantes souhaitent vérifier si c’est le cas en l’espèce et si elles peuvent ainsi invoquer le moyen de défense prévu à l’alinéa 6(3)b).

[10] La Cour fédérale a reconnu que les deux moyens de défense en question existent effectivement en droit et qu’il peut y avoir ouverture à ces moyens de défense dans un cas comme celui-ci. Elle a toutefois rejeté la demande de précisions en concluant que les appelantes s’étaient livrées à une « recherche à l’aveuglette » (au paragraphe 8) :

Les [appelantes] soutiennent qu’elles ont droit aux précisions sollicitées étant donné que celles-ci concernent des moyens de défense éventuels et qu’elles constituent donc des faits importants. En toute déférence, je ne suis pas de leur avis et je crois plutôt que les demandes équivalent à une « recherche à l’aveuglette » non permise visant à découvrir si les défenderesses pourraient disposer d’un moyen de défense, ce qui ne peut faire l’objet d’une demande de précisions régulière. Comme le juge Marceau l’a relevé au paragraphe 3 de la décision *Embee* [*Embee Electronics Agencies Ltd. c. Agence Sherwood Agencies Inc.* (1979), 43 C.P.R. (2d) 285 (C.F. 1^{re} inst.)], il ne devrait pas être permis à un défendeur d’utiliser une demande de précisions pour [TRADUCTION] « faire une recherche à l’aveuglette afin de découvrir des moyens de défense qu’il ignore encore ». Or, c’est précisément ce que les défenderesses cherchent à faire en l’espèce en ce qui concerne les faits qu’elles ne connaissent pas; elles sollicitent des précisions pour savoir s’il y a ouverture aux deux moyens de défense en question.

[11] Plus loin, la Cour fédérale a ajouté que les précisions demandées n’étaient tout simplement pas pertinentes (au paragraphe 10) :

En l’espèce, par contre, les précisions sollicitées ne constituent pas un élément essentiel de la demande formulée par la demanderesse, car en vertu du paragraphe 7(3) et de l’article 9 de la [*Loi sur les dessins industriels*], l’enregistrement est le seul

to the exclusive right to use the registered designs. The information the defendants seek concerns potential defences and is not a requisite element of the plaintiff's claim.

[12] In refusing the particulars, the Federal Court also relied on the fact that some of the particulars sought were known to the appellant, Home Depot, and could be shared with the appellant, Imperial Manufacturing. It noted the law to the effect that a party cannot seek particulars when the information underlying those particulars lies within its own knowledge. The Federal Court added that the particulars sought went far beyond what was necessary to trigger the defences and included [at paragraph 11] “many extraneous elements that would be time consuming to locate.”

[13] The appellants appeal to this Court on all issues.

B. Analysis

(1) Standard of Review

[14] In this Court, the parties agree that deference is to be accorded to the Federal Court's decision unless the Federal Court proceeded “on a wrong principle, gave insufficient weight to relevant factors, misapprehended the facts or where an obvious injustice would result”: *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.), at page 594; *Reliance Comfort Limited Partnership v. Commissioner of Competition*, 2013 FCA 129, at paragraphs 3–4; *Apotex Inc. v. Canada (Governor in Council)*, 2007 FCA 374, 76 Admin L.R. (4th) 20, at paragraph 15. The parties say that this is the standard of review to be applied in appeals from discretionary orders of the Federal Court in interlocutory matters.

[15] In their memorandum of fact and law, the appellants take this one step further, suggesting, on the basis

élément que la demanderesse doit établir pour prouver son droit exclusif à l'utilisation des dessins enregistrés. Les renseignements que les défenderesses sollicitent concernent des moyens de défense éventuels et ne constituent pas un élément essentiel de la demande de la demanderesse.

[12] En refusant la communication des précisions demandées, la Cour fédérale s'est également fondée sur le fait que certaines de ces précisions étaient déjà connues de l'appelante Home Depot, laquelle pouvait les communiquer à l'autre appelante, Imperial Manufacturing. La Cour fédérale a rappelé les règles de droit suivant lesquelles une partie ne peut solliciter des précisions lorsqu'elle connaît déjà les renseignements sous-jacents aux précisions en question. La Cour fédérale a ajouté que les précisions demandées en l'espèce débordaient largement le cadre de ce qui était nécessaire pour donner ouverture aux moyens de défense et qu'elles comprenaient [au paragraphe 11] « de nombreux éléments étrangers dont la découverte nécessiterait beaucoup de temps ».

[13] Les appelantes interjettent appel devant notre Cour relativement à toutes les questions en litige.

B. Analyse

1) Norme de contrôle

[14] Devant notre Cour, les parties s'entendent pour dire qu'il convient de faire preuve de retenue envers la décision de la Cour fédérale, sauf si celle-ci a appliqué un principe erroné, n'a pas donné suffisamment d'importance à des facteurs pertinents, a mal apprécié les faits ou encore si une injustice évidente serait autrement causée (*David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.), à la page 594; *Reliance Comfort Limited Partnership c. Commissaire de la concurrence*, 2013 CAF 129, aux paragraphes 3 et 4; *Apotex Inc. c. Canada (Gouverneur en Conseil)*, 2007 CAF 374, au paragraphe 15). Les parties affirment qu'il s'agit de la norme de contrôle à appliquer aux appels d'ordonnances discrétionnaires rendues par la Cour fédérale sur des questions interlocutoires.

[15] Dans leur mémoire des faits et du droit, les appelantes poussent ce raisonnement un cran plus loin en

of *Apotex*, above, at paragraph 15, that if the Federal Court “has given insufficient weight to relevant factors”, this Court can “substitute the [Federal Court’s] discretion for its own”.

[16] As will be seen below, the appellants do submit that the Federal Court erred in law. But, relying upon the cases, above, they also submit that the Federal Court weighed the relevant factors improperly and so this Court should reweigh those factors and substitute its discretion for that of the Federal Court.

[17] The appellants’ submission that the improper weighing of matters entitles this Court to intervene requires closer examination.

[18] Discretionary orders, such as the one in issue in this case, are the result of applying law to the facts of particular cases—in other words, they are questions of mixed fact and law.

[19] In a ruling binding upon us, the Supreme Court has held that the standard of review for questions of mixed fact and law is “palpable and overriding error” unless there is an extricable legal principle at issue: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. If there is no extricable legal principle or error of law, the standard of review is “palpable and overriding error”: *Housen*; see also *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401.

[20] The line of authority on the standard of review of discretionary interlocutory orders of the Federal Court, cited in paragraph 14, above, began with the *David Bull* decision in 1995. This Court has applied this line of authority—I shall call it the *David Bull* line of authority—as if it were a separate rule of law that stands apart from the more general standard of review jurisprudence from the Supreme Court in *Housen*.

soutenant, sur le fondement de l’arrêt *Apotex*, précité, au paragraphe 15, que si la Cour fédérale [TRADUCTION] « n’a pas donné suffisamment d’importance à des facteurs pertinents », notre Cour peut [TRADUCTION] « substituer sa propre décision à celle de la [Cour fédérale] ».

[16] Comme nous le verrons plus loin, les appelantes affirment effectivement que la Cour fédérale a commis une erreur de droit. Mais, se fondant sur la jurisprudence précitée, elles soutiennent également que la Cour fédérale a mal apprécié les facteurs pertinents, de sorte que notre Cour devrait apprécier de nouveau ces facteurs et substituer sa propre décision à celle de la Cour fédérale.

[17] L’argument des appelantes suivant lequel l’appréciation inadéquate des faits autorise notre Cour à intervenir exige un examen plus attentif.

[18] Les ordonnances discrétionnaires, comme celle qui nous occupe dans la présente affaire, sont le fruit de l’application du droit aux faits de l’espèce; en d’autres termes, il s’agit de questions mixtes de fait et de droit.

[19] Dans un arrêt par lequel nous sommes liés, la Cour suprême a jugé que la norme de contrôle qui s’applique dans le cas des questions mixtes de fait et de droit est celle de l’« erreur manifeste et dominante », sauf lorsque la question implique un principe juridique facilement isolable (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235). S’il n’y a pas de principe juridique isolable ou d’erreur de droit, la norme de contrôle applicable est celle de l’« erreur manifeste et dominante » (*Housen*; voir également *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401).

[20] La jurisprudence sur la norme de contrôle des ordonnances interlocutoires discrétionnaires de la Cour fédérale mentionnée au paragraphe 14 des présents motifs a commencé en 1995 avec l’arrêt *David Bull*. Notre Cour a appliqué cette jurisprudence — que j’appellerai désormais la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull* — comme s’il s’agissait d’une règle de droit distincte de la jurisprudence plus générale relative à la norme de contrôle établie par la Cour suprême dans l’arrêt *Housen*.

[21] Despite *Housen*, the *David Bull* line of authority on the standard of review persists. As a result, counsel coming to this Court have to consider whether the matter they are litigating is interlocutory and discretionary. If so, the *David Bull* line of authority applies; if not, *Housen* applies. This raises problems.

[22] First, there is the problem of *stare decisis*. *Housen* is a decision of the Supreme Court, binding on all. In those cases, the Supreme Court provided the definitive word on the standard of review in civil cases. It did not make informal comments of the sort we might be tempted to distinguish. Rather, it analyzed the matter thoroughly—examining precedent, doctrine and legal policy—and it pronounced clearly and broadly on the matter, without any qualifications or reservations. For example, it did not carve out any special exceptions based on whether the matter being appealed is interlocutory or final, or whether discretionary orders are somehow different from issues of mixed fact and law, or whether the matter is a motion, or a particular type of motion, or something else. So the *David Bull* line of authority seems to persist these days as a bit of an anomaly.

[23] With one exception, the Supreme Court has applied the *Housen* standard of review in all civil cases before it. In the one exception, the Supreme Court suggested in a single isolated sentence that, among other things, an appellate court could interfere where the lower court “gives no or insufficient weight to relevant considerations”: *Penner v. Niagara (Regional Police Services Board)*, 2013 SCC 19, [2013] 2 S.C.R. 125, at paragraph 27. However, less than a year later, the Supreme Court dropped “no or insufficient weight to relevant considerations” as a ground to interfere. It reaffirmed that discretionary decisions should be disturbed only if the court “misdirected [it]self” or “came to a decision that is so clearly wrong that it resulted in an injustice”: *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1

[21] Malgré l’arrêt *Housen*, la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull* sur la norme de contrôle applicable s’applique toujours. Par conséquent, les avocats qui se présentent devant notre Cour doivent se demander si l’affaire qu’ils plaident est interlocutoire et discrétionnaire. Dans l’affirmative, la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull* s’applique; dans la négative, c’est l’arrêt *Housen* qui s’applique, ce qui n’est pas sans soulever certains problèmes.

[22] Premièrement, il y a le problème du principe de l’autorité de la chose jugée. L’arrêt *Housen* est une décision de la Cour suprême qui nous lie tous. La Cour suprême a tranché définitivement la question de la norme de contrôle en matière civile. Elle n’a pas formulé d’observations informelles à l’égard desquelles nous pourrions être tentés d’établir des distinctions. Elle a plutôt analysé la question à fond en examinant les précédents, la doctrine et les principes de droit, et elle s’est prononcée de façon claire et nette sur la question sans conditions ni réserves. Par exemple, elle n’a pas prévu d’exceptions spéciales selon que l’affaire faisant l’objet de l’appel est interlocutoire ou définitive, quant à la question de savoir si les ordonnances discrétionnaires sont différentes des questions mixtes de fait et de droit, s’il s’agit d’une requête ou d’un type particulier de requête, ou au regard de toute autre question. La jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull* semble donc avoir survécu jusqu’à maintenant en quelque sorte comme une anomalie.

[23] À une exception près, la Cour suprême a appliqué la norme de contrôle établie dans l’arrêt *Housen* dans toutes les affaires civiles dont elle était saisie. Dans cette affaire faisant exception, la Cour suprême a indiqué, dans une unique phrase isolable, qu’une cour d’appel pouvait notamment intervenir lorsque la juridiction inférieure « n’accorde pas suffisamment d’importance aux considérations pertinentes ou ne leur en accorde pas du tout » (*Penner c. Niagara (Commission régionale de services policiers)*, 2013 CSC 19, [2013] 2 R.C.S. 125, au paragraphe 27). Toutefois, moins d’une année plus tard, la Cour suprême a laissé tomber ce critère comme motif d’intervention et réaffirmé qu’il n’y avait pas lieu de modifier une décision discrétionnaire, « à moins que le juge ne se soit fondé sur des considérations erronées

S.C.R. 87, at paragraph 83. Misdirection means instructing oneself improperly on the law, in other words an error of law. And a decision that is so clearly wrong that it resulted in an injustice is another way of saying that there has been an obvious error that affects the outcome of the case—in other words, palpable and overriding error. *Hryniak* expresses the *Housen* standard. Today, the *Housen* standard remains the basis upon which appellate courts can interfere with discretionary decisions.

[24] The second problem with the *David Bull* line of authority is the practical difficulty it can cause when litigants try to apply it. While discretionary orders are not usually hard to spot, in some cases it can be unclear whether a particular order is interlocutory or final: see, e.g., *Ontario Federation of Anglers and Hunters v. Alderville Indian Band*, 204 FCA 145, 461 N.R. 327.

[25] Third, to some extent, now that we have *Housen*, the continued existence of the *David Bull* line of authority is redundant. The *David Bull* line of authority suggests that this Court should interfere where the first instance court has proceeded on a wrong principle. But that is just a different way of saying, to use the language in *Housen*, that there has been an error on an extricable point of law. As for the giving of insufficient weight to relevant factors, misapprehending the facts or causing an obvious injustice, if severe enough, these can qualify under *Housen* as a “palpable and overriding error”. So I do not take the *David Bull* line of authority, properly interpreted and applied, to be saying anything much different from *Housen*: and for a similar observation made in substance by this Court, see *Elders Grain Co. v. Ralph Misener (The)*, 2005 FCA 139, [2005] 3 F.C. 367, at paragraphs 6–13. As a matter of language, though, the *David Bull* line of authority, unlike *Housen*, does not capture the “palpable and overriding error” concept and, as a result, offers the false hope that appellate courts will interfere on the basis of reweighings.

ou que sa décision soit erronée au point de créer une injustice » (*Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, au paragraphe 83). Par « se fonder sur des considérations erronées », il faut que la Cour n’ait pas tenu compte du droit applicable ou, en d’autres termes, ait commis une erreur de droit. Et en disant qu’une décision est erronée au point de créer une injustice, on veut dire qu’une erreur flagrante ayant une incidence sur le résultat de l’affaire a été commise — autrement dit qu’une erreur manifeste et dominante a été commise. L’arrêt *Hryniak* reprend la norme de l’arrêt *Housen*. De nos jours, la norme formulée dans l’arrêt *Housen* demeure celle sur laquelle les juridictions d’appel se fondent pour intervenir dans des décisions discrétionnaires.

[24] Le second problème que soulève la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull* est la difficulté pratique qu’elle peut présenter lorsque les plaideurs tentent de l’appliquer. Bien que les ordonnances discrétionnaires ne soient habituellement pas difficiles à déceler, dans certains cas, il peut être difficile de savoir si l’ordonnance en cause est interlocutoire ou définitive (voir, par ex. *Ontario Federation of Anglers and Hunters c. Bande indienne d’Alderville*, 2014 CAF 145).

[25] Troisièmement, depuis le prononcé de l’arrêt *Housen*, la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull* est devenue dans une certaine mesure redondante. Aux termes de celle-ci, notre Cour devrait intervenir lorsque le tribunal de première instance n’a pas appliqué le bon principe, mais ce n’est qu’une autre façon de dire, pour reprendre le libellé de l’arrêt *Housen*, que le tribunal de première instance a commis une erreur sur une question de droit isolable. Pour ce qui est de l’erreur consistant à ne pas accorder suffisamment d’importance à des facteurs pertinents, à avoir mal apprécié les faits ou à avoir causé une injustice évidente, si l’erreur est suffisamment grave, elle peut être qualifiée d’« erreur manifeste et dominante » au sens de l’arrêt *Housen*. Je ne crois donc pas que la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull*, correctement interprétée et appliquée, dise quelque chose de vraiment différent de l’arrêt *Housen* (pour une observation semblable formulée essentiellement par notre Cour, voir *Elders Grain Co. c. Ralph Misener (Le)*, 2005 CAF 139, [2005] 3 C.F. 367, aux paragraphes 6 à 13). Toutefois, du point de vue linguistique, la

[26] This takes me to the fourth problem with the *David Bull* line of authority. It poses a trap for the unwary. Read literally, it allows this Court to interfere where the Federal Court has given “insufficient weight to relevant factors”. This sounds like an invitation to this Court to reweigh the evidence before the Federal Court and substitute our own opinion for it. Many counsel appearing in our Court construe it as such, asking us on appeal to do just that. As we shall see, that is what the appellants are asking us to do here. But, plainly, this is not what we ever do: see, e.g., *Peguis First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 7, 65 Admin. L.R. (5th) 64; *Sandoz Canada Inc. v. Abbott Laboratories*, 2010 FCA 168, 85 C.P.R. (4th) 279 (where, despite citing the *David Bull* line of authority, this Court applied the *Housen* standard of “palpable and overriding error”).

[27] Fifth, there is no rationale that would support the standard of review on discretionary matters or matters of mixed fact and law in the Federal Courts being different from the standard of review applied by other courts across Canada. No other court in Canada uses a formulation of the standard of review similar to that set out in the *David Bull* line of authority. In the interests of simplicity and coherency, all other jurisdictions apply *Housen* on all standard of review cases across the board. And so should we: see also *Apotex Inc. v. Bristol-Myers Squibb Company*, 2011 FCA 34, 91 C.P.R. (4th) 307, at paragraph 9.

[28] Sixth, the provenance of the *David Bull* formulation of the standard of review calls it into question. *David Bull* simply asserts it, without any explanation in law or legal policy. The only authority it relies upon is

jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull* n’englobe pas le concept d’« erreur manifeste et dominante », à la différence de l’arrêt *Housen*, de sorte qu’elle suscite le faux espoir que les tribunaux d’appel interviennent pour procéder à une nouvelle appréciation.

[26] Cela m’amène au quatrième problème que présente la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull*. Elle tend un piège aux imprudents. En effet, si on la prend au pied de la lettre, elle permet à notre Cour d’intervenir lorsque la Cour fédérale n’a pas donné suffisamment d’importance à des facteurs pertinents. On peut y voir une invitation faite à notre Cour d’apprécier à nouveau la preuve dont disposait la Cour fédérale et de substituer son opinion à celle de la Cour fédérale. C’est ainsi que l’interprètent de nombreux avocats qui comparaissent devant notre Cour et qui nous demandent d’intervenir de la sorte. Comme nous le verrons, c’est précisément ce que les appelantes nous demandent de faire en l’espèce, mais, clairement, ce n’est jamais ce que nous devons faire (voir, par ex., *Première nation de Peguis c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 7; *Sandoz Canada Inc. c. Abbott Laboratories*, 2010 CAF 168 (où, malgré le fait qu’elle a cité la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull*, notre Cour a appliqué la norme de l’« erreur manifeste et dominante » établie dans l’arrêt *Housen*).

[27] Cinquièmement, il n’y a aucun raisonnement qui justifierait d’appliquer devant les Cours fédérales une norme de contrôle différente de celle qui est appliquée par les autres tribunaux canadiens dans le cas d’affaires discrétionnaires ou portant sur des questions mixtes de fait et de droit. Il n’y a aucun autre tribunal canadien qui emploie une formulation de la norme de contrôle qui ressemble à celle de la jurisprudence issue de l’arrêt *David Bull*. Par souci de simplicité et de cohérence, les tribunaux de toutes les autres provinces appliquent systématiquement la norme établie dans l’arrêt *Housen* dans toutes les affaires portant sur l’application de la norme de contrôle, et nous devrions en faire autant (voir également l’arrêt *Apotex Inc. c. Bristol-Myers Squibb Company*, 2011 CAF 34, au paragraphe 9).

[28] Sixièmement, la provenance de la formulation de la norme de contrôle énoncée dans l’arrêt *David Bull* permet de s’interroger sur son bien-fondé. Dans l’arrêt *David Bull*, la Cour se contente d’énoncer la norme sans

Nabisco Brands Ltd. v. Proctor & Gamble Co. et al. (1985), 5 C.P.R. (3d) 417 (F.C.A.), at page 418. There, in extremely brief reasons, the Court stated:

The Appellant has a preliminary hurdle to surmount to successfully appeal a discretionary, interlocutory order. It must satisfy the Court that, in refusing to exercise her discretion in favour of the applicant on a motion to strike all or part of a pleading, the Motions Judge clearly erred in her appreciation of the nature of the pleading or that she proceeded on a wrong principle.

Clear error in the “appreciation of the nature of the pleading” on a motion to strike would probably qualify today as “palpable and overriding error” on a question of mixed fact and law justifying appellate intervention, as would proceeding “on a wrong principle.” But *David Bull* seems to have gone beyond the defensible articulation of the standard of review set out in *Nabisco* and added “giving insufficient weight to relevant factors.”

[29] To eliminate these problems and in the interests of simplicity and coherency, only the *Housen* articulation of the standard of review — binding upon us — should be used when we review discretionary, interlocutory orders. In accordance with *Housen*, absent error on a question of law or an extricable legal principle, intervention is warranted only in cases of palpable and overriding error.

(2) The Merits of the Appeal

[30] The appellants submit that the Federal Court erred in legal principle when it stated [at paragraph 10] that “the fact of registration is all that the plaintiff must establish to prove its entitlement to the exclusive right to use the registered designs.”

explication fondée sur le droit ou la politique juridique. Le seul précédent sur laquelle elle s’appuie est l’arrêt *Nabisco Brands Ltée c. Proctor & Gamble Co. et al.*, [1985] A.C.F. n° 517 (C.A.) (QL). Dans cet arrêt extrêmement bref, la Cour a déclaré ce qui suit :

Pour avoir gain de cause en appel d’une ordonnance interlocutoire de nature discrétionnaire, l’appelante doit, au préalable, franchir un obstacle préliminaire. En effet, elle doit convaincre la Cour que le juge qui a instruit les requêtes a, en refusant d’exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de la requérante sur une requête en radiation de l’ensemble ou d’une partie d’une plaidoirie écrite, commis une erreur d’appréciation quant à la nature de la plaidoirie écrite ou encore qu’elle a appliqué un principe erroné.

Une « erreur [évidente] d’appréciation quant à la nature de la plaidoirie écrite » dans le cas d’une requête en radiation serait probablement considérée de nos jours comme une « erreur manifeste et dominante » sur une question mixte de fait et de droit qui justifierait l’intervention de la Cour d’appel, tout comme le fait d’avoir appliqué un principe erroné. Mais l’arrêt *David Bull* semble avoir dépassé le seuil de la formulation défendable de la norme de contrôle établie dans l’arrêt *Nabisco* et avoir ajouté l’élément relatif au fait de « ne pas donner suffisamment d’importance à des facteurs pertinents ».

[29] Pour éliminer ces problèmes et par souci de cohérence et de simplicité, j’estime que seule la formulation de la norme de contrôle figurant dans l’arrêt *Housen* — qui nous lie — devrait être utilisée lorsque nous sommes saisis d’une demande de contrôle d’une ordonnance interlocutoire discrétionnaire. Conformément à l’arrêt *Housen*, à défaut d’erreur sur une question de droit ou un principe juridique isolable, notre intervention n’est justifiée que dans les cas d’erreurs manifestes et dominantes.

2) Le bien-fondé de l’appel

[30] Les appelantes font valoir que la Cour fédérale a commis une erreur de droit en déclarant que [au paragraphe 10] « l’enregistrement est le seul élément que la demanderesse doit établir pour prouver son droit exclusif à l’utilisation des dessins enregistrés ».

[31] In my view, this sentence cannot be viewed in isolation. First, the purpose of particulars must be kept front of mind.

[32] Courts grant motions for particulars of allegations in a statement of claim when defendants need them in order to plead. In short, the purpose of particulars is to facilitate the ability to plead. Put another way, without the particulars on an important point, the party cannot plead in response.

[33] This is to be distinguished from discoveries and, in particular, what courts must consider before ordering a discovery witness to answer a question. There, the Court considers whether the information sought is relevant and material to the legal and factual issues in the proceeding and consistent with the objectives set out in rule 3 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106.

[34] The appellants seem to have a discovery purpose in mind. They seem to be supporting their request for particulars on the basis that the information they seek is relevant and material to the legal and factual issues in the case. In paragraph 32 of their memorandum of fact and law, they submit that the provision of particulars will enable them “to appreciate the facts on which the case is founded and better understand [Decor Grates’] position”. But these matters are relevant to the propriety of information sought on discovery, not whether particulars in a statement of claim should be granted because a party needs them in order to plead.

[35] In paragraphs 31 and 32 of their memorandum of fact and law, the appellants suggest that the provision of the particulars would have a “significant impact” on their statement of defence by affecting its “submission,

[31] À mon avis, on ne doit pas considérer cette phrase de façon isolée. Tout d’abord, on doit toujours mettre à l’avant-plan l’objet de la demande de précisions.

[32] Les tribunaux font droit aux requêtes en précisions portant sur les allégations contenues dans une déclaration lorsque le défendeur en a besoin pour pouvoir plaider. En résumé, l’objet d’une demande de précisions est d’aider une partie à plaider. Autrement dit, à défaut de précisions sur un point important, la partie adverse ne peut plaider en réponse.

[33] Il y a lieu d’établir une distinction entre cette situation et celle de l’interrogatoire préalable et, en particulier, les facteurs dont les tribunaux doivent tenir compte avant d’ordonner à un témoin de répondre à une question dans le cadre d’un interrogatoire préalable. Dans ce dernier cas, la Cour doit se demander si les renseignements demandés sont pertinents et importants quant aux questions de droit et de fait en cause dans l’instance et s’ils s’accordent avec les objectifs énoncés à la règle 3 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106.

[34] Il semble que les appelantes aient un objectif de communication préalable en tête. Leur demande de précisions semble reposer sur le fait que les renseignements qu’elles sollicitent sont pertinents et importants quant aux questions de fait et de droit en litige. Au paragraphe 32 de leur mémoire des faits et du droit, elles font valoir que la communication des précisions demandées leur permettra [TRADUCTION] « de comprendre les faits sur lesquels repose l’affaire et de mieux comprendre la thèse de [Decor Grates] ». Mais ces questions sont pertinentes quant au bien-fondé d’une demande de renseignements dans le cadre d’une communication préalable et non quant à la question de savoir s’il y a lieu d’ordonner la communication de précisions se rapportant à la déclaration parce qu’une partie en a besoin pour pouvoir plaider.

[35] Aux paragraphes 31 et 32 de leur mémoire des faits et du droit, les appelantes affirment que la communication des précisions en question aurait [TRADUCTION] « des conséquences importantes » sur leur défense parce

structure and tone”. Here again, the appellants misapprehend the purpose of particulars. They are not supplied because they will make a pleading better or more forceful. They are supplied because without them they cannot plead in response to an important point.

[36] Had this been a request for information during a discovery, the appellants might be on firmer ground. Subsection 7(3) of the *Industrial Design Act* creates a rebuttable presumption, not a conclusive presumption. Subsection 7(3) provides as follows:

7. ...

Certificate to be evidence of contents

(3) The certificate, in the absence of proof to the contrary, is sufficient evidence of the design, of the originality of the design, of the name of the proprietor, of the person named as proprietor being proprietor, of the commencement and term of registration, and of compliance with this Act. [My emphasis]

[37] If subsection 7(3) set up a conclusive presumption, then all questions concerning facts inconsistent with the presumption would be out of bounds. But subsection 7(3) sets up only a rebuttable presumption. Provided a party has some evidence that conflicts with the certificate (i.e., “proof to the contrary”), it can rely upon that evidence in support of an allegation in its statement of defence that the presumption is rebutted to the extent of the conflict. For example, if the appellants have information suggesting that Decor Grates is not a “proprietor” because it is not or cannot be an author of the design in issue, it can plead an allegation based on that conflicting fact as “proof to the contrary”. Depending on the circumstances, a party may be able to draw wider inferences from the conflicting evidence and make a wider allegation that other aspects of the presumption are also rebutted. But if the appellants do not have any conflicting evidence at all, they cannot plead they have “proof to the contrary”. To do so would be an abuse of process: *Merchant Law Group v. Canada Revenue Agency*, 2010 FCA 184, 321 D.L.R. (4th) 301, at paragraph 34; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557, at paragraph 45.

qu’elles influenceraient [TRADUCTION] « la présentation, la structure et le ton de celle-ci ». Là encore, les appelantes méconnaissent l’objet des précisions. Les précisions ne sont pas communiquées parce qu’elles rendront un acte de procédure meilleur ou plus convaincant. Elles sont communiquées parce que, sans elles, une partie ne peut plaider en réponse à une question importante.

[36] S’il s’était agi d’une demande de renseignements présentée au cours de la communication préalable, les appelantes auraient disposé d’arguments plus solides. Le paragraphe 7(3) de la *Loi sur les dessins industriels* prévoit une présomption réfutable et non une présomption irréfutable. En voici le texte :

7. [...]

(3) En l’absence de preuve contraire, le certificat est une attestation suffisante du dessin, de son originalité, du nom du propriétaire, du fait que la personne dite propriétaire est propriétaire, de la date et de l’expiration de l’enregistrement, et de l’observation de la présente loi. [Je souligne.]

Le certificat fait foi de son contenu

[37] Si le paragraphe 7(3) créait une présomption irréfutable, toutes les questions concernant les faits incompatibles avec cette présomption ne seraient pas pertinentes. Mais le paragraphe 7(3) ne prévoit qu’une présomption réfutable. Dès lors qu’une partie dispose de certains éléments de preuve qui contredisent le certificat (c.-à-d. une « preuve contraire »), elle peut se fonder sur cette preuve à l’appui d’une allégation formulée dans sa défense pour affirmer que la présomption est réfutée dans la mesure de la contradiction. Par exemple, si les appelantes disposent de renseignements indiquant que Decor Grates n’est pas une « propriétaire » parce qu’elle n’est pas et ne peut pas être l’auteur du dessin en litige, elles peuvent formuler une allégation fondée sur ce fait contradictoire en tant que « preuve contraire ». Selon les circonstances, une partie peut être en mesure de tirer des inférences plus larges des éléments de preuve contradictoires et formuler une allégation plus vaste en affirmant que d’autres aspects de la présomption sont également réfutés. Toutefois, si les appelants n’ont aucun autre élément de preuve contradictoire, ils ne peuvent affirmer avoir de « preuve contraire », au risque de commettre un abus de procédure (*Merchant Law Group c. Canada Agence du revenu*, 2010 CAF 184, au paragraphe 34; *JP*

[38] The appellants also submit that the Judge erred in finding that their request for particulars was a “fishing expedition”. Here, the Federal Court set out the law relating to the *Industrial Design Act* and subsection 7(3) of that Act in particular, and did not err on any legal point. As a result, the Federal Court’s finding that the appellants are engaged in a “fishing expedition”—a search by an empty-handed party looking for something to grasp onto—is a question of mixed fact and law heavily suffused by facts. Therefore, in order to succeed on this, the appellants must persuade us that the Federal Court committed a palpable and overriding error.

[39] Further, the Federal Court made other supplementary findings in support of its decision, namely that some of the particulars sought were known to the appellant, Home Depot, those particulars could be shared with the appellant, Imperial [Manufacturing], the particulars sought went far beyond what was necessary to trigger the defences, and many of the particulars sought include “many extraneous elements that would be time consuming to locate.” To some extent, some of these concerns seem more appropriate to the issue whether a question should be answered on discovery rather than whether a party needs the information in order to plead. But they are largely factual in nature. Here again, to set these findings aside, the appellants must persuade us that the Federal Court committed a palpable and overriding error.

[40] Palpable and overriding error is a high standard: see, e.g., *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31; *Waxman v. Waxman* (2004), 186 O.A.C. 201, at paragraphs 278–284. In

Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national), 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557, au paragraphe 45).

[38] Les appelantes affirment également que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que leur demande de précisions constituait une « recherche à l’aveuglette ». Dans le cas qui nous occupe, la Cour fédérale a énoncé la règle de droit relative à la *Loi sur les dessins industriels* et le paragraphe 7(3) de cette loi en particulier, et elle n’a commis aucune erreur sur une question juridique. Par conséquent, la conclusion de la Cour fédérale suivant laquelle les appelantes s’étaient livrées à une « recherche à l’aveuglette » — soit une recherche dans laquelle se lance une partie ne disposant d’aucun élément et tentant désespérément de s’accrocher à quelque chose — est une question mixte de fait et de droit largement tributaire des faits. Pour obtenir gain de cause à cet égard, les appelantes doivent donc nous convaincre que la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante.

[39] En outre, la Cour fédérale a tiré d’autres conclusions à l’appui de sa décision, à savoir que l’appelante Home Depot était déjà au courant de certaines des précisions sollicitées et qu’elle pouvait les communiquer à l’appelante Imperial [Manufacturing], et que les précisions demandées allaient beaucoup plus loin que ce qui était nécessaire pour permettre de formuler les défenses et que bon nombre des précisions demandées comprenaient « de nombreux éléments étrangers dont la découverte nécessiterait beaucoup de temps ». Dans une certaine mesure, certaines de ces préoccupations semblent s’appliquer davantage à la question de savoir s’il y avait lieu de répondre à une question dans le cadre d’une enquête préalable qu’à la question de savoir si une partie avait besoin de ces renseignements pour pouvoir plaider. Il s’agit toutefois de questions qui sont de nature essentiellement factuelle. Là encore, pour pouvoir annuler ces conclusions, les appelantes doivent nous convaincre que la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante.

[40] La norme de l’erreur manifeste et dominante est exigeante (voir, par ex., *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165; *Waxman v. Waxman* (2004), 186 O.A.C. 201, aux paragraphes 278 à 284).

South Yukon, this Court expressed the standard as follows (at paragraph 46):

Palpable and overriding error is a highly deferential standard of review: *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *Peart v. Peel Regional Police Services* (2006), 217 O.A.C. 269 (C.A.) at paragraphs 158-59; *Waxman*, *supra*. “Palpable” means an error that is obvious. “Overriding” means an error that goes to the very core of the outcome of the case. When arguing palpable and overriding error, it is not enough to pull at leaves and branches and leave the tree standing. The entire tree must fall.

[41] In this case, the appellants have not persuaded me that the threshold of palpable and overriding error has been met. All of the Federal Court’s findings of mixed fact and law (including matters of discretion) and findings of fact have a basis in the evidence. Put another way, there is no error that is obvious and goes to the very core of the outcome reached.

[42] The appellants also submit that the costs order made by the Federal Court should be set aside. One reason is that the Federal Court’s judgment must be set aside on appeal. For the above reasons, there are no grounds to set aside the Federal Court’s judgment. The appellants also submit that, in making its costs award, the Federal Court should have taken into account Decor Grates’ late delivery of requested particulars on the eve of the hearing. However, in the Federal Court the parties agreed that costs should follow the event and that they be fixed in the amount of \$1 500. Thus, the appellants’ submission is without merit.

C. Proposed Disposition

[43] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

WEBB J.A.: I agree.

SCOTT J.A.: I agree.

Dans l’arrêt *South Yukon*, notre Cour formule comme suit la norme en question (au paragraphe 46) :

L’erreur manifeste et dominante constitue une norme de contrôle appelant un degré élevé de retenue : *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *Peart c. Peel Regional Police Services* (2006), 217 O.A.C. 269 (C.A.), aux paragraphes 158 et 159; arrêt *Waxman*, précité. Par erreur « manifeste », on entend une erreur évidente, et par erreur « dominante », une erreur qui touche directement à l’issue de l’affaire. Lorsque l’on invoque une erreur manifeste et dominante, on ne peut se contenter de tirer sur les feuilles et les branches et laisser l’arbre debout. On doit faire tomber l’arbre tout en entier.

[41] Dans la présente affaire, les appelantes ne m’ont pas convaincu que le critère minimal de l’erreur manifeste et dominante a été satisfait. Toutes les conclusions mixtes de fait et de droit — y compris les questions discrétionnaires — ainsi que les conclusions de fait tirées par la Cour fédérale étaient fondées sur la preuve. Autrement dit, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur évidente touchant directement à l’issue de l’affaire.

[42] Les appelantes affirment également que l’ordonnance prononcée par la Cour fédérale au sujet des dépens devrait être annulée, au motif notamment que le jugement de la Cour fédérale doit être annulé en appel. Pour les motifs qui ont été exposés, il n’y a aucune raison qui justifie l’annulation du jugement de la Cour fédérale. Les appelantes font également valoir que, pour adjuger les dépens, la Cour fédérale aurait dû tenir compte du fait que Decor Grates a attendu jusqu’à la veille de l’audience pour communiquer les précisions demandées. Toutefois, devant la Cour fédérale, les parties ont convenu que les dépens devaient suivre l’issue de la cause et qu’ils devaient être fixés à la somme de 1 500 \$. L’argument des appelantes est donc dénué de fondement.

C. Dispositif proposé

[43] Pour les motifs qui ont été exposés, je rejetterais l’appel avec dépens.

LE JUGE WEBB, J.C.A. : Je suis d’accord.

LE JUGE SCOTT, J.C.A. : Je suis d’accord.

A-297-14
2015 FCA 88

A-297-14
2015 CAF 88

The Canadian Transit Company (*Appellant*)

The Canadian Transit Company (*appelante*)

v.

c.

The Corporation of the City of Windsor (*Respondent*)

La Corporation de la Ville de Windsor (*intimée*)

INDEXED AS: CANADIAN TRANSIT COMPANY v. WINDSOR (CITY)

RÉPERTORIÉ : CANADIAN TRANSIT COMPANY c. WINDSOR (VILLE)

Federal Court of Appeal, Dawson, Stratas and Scott J.J.A.—Toronto, March 2; Ottawa, April 7, 2015.

Cour d'appel fédérale, juges Dawson, Stratas et Scott, J.C.A.—Toronto, 2 mars; Ottawa, 7 avril 2015.

Federal Court Jurisdiction — Appeal from Federal Court decision striking out appellant's notice of application on ground Federal Court having no jurisdiction to determine it — Appellant, owner, operator of Ambassador Bridge, acquiring properties near bridge with intent to demolish homes — Respondent issuing repair orders against properties — Appellant arguing by-laws not applying to properties on basis of constitutional doctrines of interjurisdictional immunity, paramountcy; bridge constituting work, undertaking for general advantage of Canada — Federal Court determining, inter alia, insufficient federal law in proceeding to clothe Federal Court with jurisdiction; proceeding failing test for jurisdiction set out in ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al. — Whether: test in ITO met; Federal Court having jurisdiction to make declarations on constitutional matters such as paramountcy, interjurisdictional immunity; appellant's application should be converted to action — Test in ITO met — Relevant statutory grant of jurisdiction Federal Courts Act, s. 23(c) — Sufficient federal law for Federal Court to have jurisdiction including An Act to incorporate The Canadian Transit Company (federal Special Act) — Provincial law playing only subsidiary or incidental role — Question not whether Federal Court doing any provincial law, but whether there is federal law essential to claim that nourishes Court's jurisdiction or, whether sufficient federal law to give Court jurisdiction — Federal Special Act valid exercise of federal legislative authority — Federal Court can apply doctrines of paramountcy, interjurisdictional immunity — Able to determine matter herein fully — Federal Court having jurisdiction to make declarations in constitutional matters based on paramountcy, interjurisdictional immunity as long as ITO test met — Those doctrines affecting force of federal legislation, intertwined with federal legislative power under Constitution Act, 1867, s. 91 — Must be regarded as part of law of Canada that Federal Court can interpret, apply — Federal Court has always had ability to consider constitutional issues of validity, operability, applicability — Where Federal Court having jurisdiction, also having power

Compétence de la Cour fédérale — Appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale a radié l'avis de demande de l'appelante au motif que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour statuer sur la demande — L'appelante est la propriétaire et l'exploitante du pont Ambassador et a fait l'acquisition de biens-fonds situés près du pont dans l'intention de démolir les maisons se trouvant sur ces biens-fonds — L'intimée a pris des arrêtés de réparation visant les biens-fonds — L'appelante a plaidé que le règlement ne s'appliquait pas aux biens-fonds en invoquant la doctrine constitutionnelle de l'exclusivité des compétences ou celle de la prédominance; le pont constitue un ouvrage qui a été déclaré à l'avantage général du Canada — La Cour fédérale a conclu, entre autres, qu'elle n'avait pas compétence pour connaître de l'affaire parce que la demande n'était pas suffisamment fondée en droit fédéral; la demande ne satisfaisait pas au critère de la compétence consacré par la jurisprudence ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre — Il s'agissait de savoir si le critère de la jurisprudence ITO a été respecté; si la Cour fédérale a compétence pour rendre des jugements déclaratoires sur des questions constitutionnelles telles que la doctrine de la prépondérance et celle de l'exclusivité des compétences; si la demande de l'appelante devait être convertie en action — Le critère de la jurisprudence ITO a été respecté — La disposition légale attributive de compétence en l'espèce est l'art. 23c) de la Loi sur les Cours fédérales — Le droit fédéral joue un rôle suffisant pour que la Cour fédérale ait compétence, y compris la Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company » (la Loi fédérale spéciale) — Le droit provincial ne joue qu'un rôle accessoire ou complémentaire — La question n'est pas de savoir si la Cour fédérale applique le droit provincial, mais plutôt si le droit fédéral qui constitue le fondement de la compétence de la Cour est essentiel à la solution du différend ou, en d'autres termes, si le droit fédéral joue un rôle suffisant pour qu'il puisse être conclu à la compétence de la Cour — La Loi fédérale spéciale constitue une expression valide de la compétence légale fédérale — La Cour fédérale

to make determinations under Constitution Act, 1982, s. 52 — Doctrines of paramountcy, interjurisdictional immunity fitting within s. 52 rubric — Implied power of courts including doctrines of paramountcy, interjurisdictional immunity — Appellant's request for conversion of pleading not properly before Court, not granted — Appeal allowed.

Constitutional Law — Distribution of Powers — Appellant, owner, operator of Ambassador Bridge, acquiring properties near bridge with intent to demolish homes — Respondent issuing repair orders against properties — Appellant arguing by-laws not applying to properties on basis of constitutional doctrines of interjurisdictional immunity, paramountcy; bridge constituting work, undertaking for general advantage of Canada — Federal Court having jurisdiction to make declarations on constitutional matters such as paramountcy, interjurisdictional immunity — Those doctrines affecting force of federal legislation, intertwined with federal legislative power under Constitution Act, 1867, s. 91 — Where Federal Court having jurisdiction, also having power to make determinations under Constitution Act, 1982, s. 52 — Doctrines of paramountcy, interjurisdictional immunity fitting within s. 52 rubric — Implied power of courts including doctrines of paramountcy, interjurisdictional immunity.

This was an appeal from a Federal Court decision striking out the appellant's notice of application on the ground that the Federal Court had no jurisdiction to determine it. The appellant also sought an order to convert the application into an action.

peut appliquer les doctrines de la prépondérance et de l'exclusivité des compétences — La Cour fédérale peut trancher cette question sans réserve — Dès lors que le critère consacré par l'arrêt ITO est respecté, la Cour fédérale a compétence pour rendre des jugements déclaratoires en matière constitutionnelle sur le fondement des doctrines de la prépondérance et de l'exclusivité des compétences — Ces doctrines peuvent avoir une incidence sur l'application d'une loi fédérale; elles sont étroitement liées au pouvoir législatif fédéral prévu à l'art. 91 de la Loi constitutionnelle de 1867 — Ces doctrines peuvent elles-mêmes être considérées comme faisant partie du droit fédéral que la Cour fédérale est habilitée à interpréter et à appliquer — La Cour fédérale a toujours eu compétence pour examiner les questions constitutionnelles de validité, d'opérabilité et d'applicabilité — Lorsque la Cour fédérale a compétence, elle a également le pouvoir de rendre des décisions fondées sur l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Les doctrines constitutionnelles de la prépondérance et de l'exclusivité des compétences cadrent avec la rubrique de l'art. 52 — Le pouvoir implicite des cours de justice doit englober les doctrines de la prépondérance et de l'exclusivité des compétences — La demande de conversion présentée par l'appelant concernant son acte de procédure n'a pas été régulièrement présentée à la Cour et elle ne pouvait être accueillie — Appel accueilli.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — L'appelante est la propriétaire et l'exploitante du pont Ambassador et a fait l'acquisition de biens-fonds situés près du pont dans l'intention de démolir les maisons se trouvant sur ces biens-fonds — L'appelante a plaidé que le règlement ne s'applique pas aux biens-fonds en invoquant la doctrine constitutionnelle de l'exclusivité des compétences ou celle de la prédominance; le pont constitue un ouvrage qui a été déclaré à l'avantage général du Canada — La Cour fédérale a compétence pour rendre des jugements déclaratoires en matière constitutionnelle sur le fondement des doctrines de la prépondérance et de l'exclusivité des compétences — Ces doctrines peuvent avoir une incidence sur l'application d'une loi fédérale; elles sont étroitement liées au pouvoir législatif fédéral prévu à l'art. 91 de la Loi constitutionnelle de 1867 — Lorsque la Cour fédérale a compétence, elle a également le pouvoir de rendre des décisions fondées sur l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Les doctrines constitutionnelles de la prépondérance et de l'exclusivité des compétences cadrent avec la rubrique de l'art. 52 — Le pouvoir implicite des cours de justice doit englober les doctrines de la prépondérance et de l'exclusivité des compétences.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale a radié l'avis de demande de l'appelante au motif que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour statuer sur la demande. L'appelante sollicitait également la conversion de la demande en action.

The appellant, owner and operator of the Ambassador Bridge connecting Windsor and Detroit, acquired 114 properties near the bridge in Windsor, with the intent to demolish those homes for the purpose of building another span across the river. Relying upon its by-laws, the respondent issued repair orders against the properties. Before the Federal Court, the appellant sought a declaration that the respondent's by-law did not apply to the properties on the basis of the constitutional doctrines of interjurisdictional immunity, paramourty, or both. The appellant argued, *inter alia*, that the bridge, its approaches, terminal facilities, machinery and appurtenances constitute both an international work and undertaking declared by Parliament to be for the general advantage of Canada. The Federal Court determined, *inter alia*, that there was insufficient federal law in the proceeding to clothe the Federal Court with jurisdiction. In its view, the proceeding failed the test for jurisdiction set out in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al. (ITO)*.

At issue was whether the test in *ITO* was met; whether the Federal Court has jurisdiction to make declarations on constitutional matters such as paramourty and interjurisdictional immunity; and whether the appellant's application should be converted to an action.

Held, the appeal should be allowed.

All three branches of the test in *ITO* were met. (1) The relevant statutory grant of jurisdiction was paragraph 23(c) of the *Federal Courts Act*. (2) There was sufficient federal law for the Federal Court to have jurisdiction. Several provisions of *An Act to incorporate The Canadian Transit Company* (federal Special Act) were essential to the determination of the appellant's proceeding. Federal law played an essential role in the outcome of this case, with provincial law playing only a subsidiary or incidental role. The Federal Court can entertain a proceeding even though there is some provincial law involved in the case. The question is not whether the Federal Court is doing any provincial law; it often is. The question is whether there is federal law essential to the claim that nourishes the Court's jurisdiction or, put another way, whether there is sufficient federal law to give the Court jurisdiction. A number of the declarations the appellant sought concerned what it can and cannot do under the framework of the federal Special Act and what its work or undertaking consists of—subjects that have no provincial law content whatsoever. (3) Finally, the federal Special Act is a valid exercise of federal legislative authority.

L'appelante, propriétaire et exploitante du pont Ambassador, qui relie Windsor à Detroit, a fait l'acquisition de 114 biens-fonds situés près du pont, à Windsor, dans l'intention de démolir les maisons se trouvant sur ces biens-fonds pour ajouter une deuxième travée. Invoquant ses règlements municipaux, l'intimée a pris des arrêtés de réparation visant ces biens-fonds. Devant la Cour fédérale, l'appelante a sollicité un jugement déclarant que le règlement de l'intimée ne s'appliquait pas aux biens-fonds en invoquant la doctrine constitutionnelle de l'exclusivité des compétences ou celle de la prédominance, ou les deux. L'appelante a soutenu, entre autres, que le pont, ses approches, ses terminaux, ses équipements et ses accessoires constituaient à la fois des ouvrages internationaux et des ouvrages qui ont été déclarés par le Parlement être à l'avantage général du Canada. La Cour fédérale a conclu, entre autres, qu'elle n'avait pas compétence pour connaître de l'affaire parce que la demande n'était pas suffisamment fondée en droit fédéral. À son avis, la demande ne satisfaisait pas au critère de la compétence consacré par la jurisprudence *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre (ITO)*.

Il s'agissait de savoir si le critère de la jurisprudence *ITO* a été respecté; si la Cour fédérale a compétence pour rendre des jugements déclaratoires sur des questions constitutionnelles telles que la doctrine de la prépondérance et celle de l'exclusivité des compétences; et si la demande de l'appelante devait être convertie en action.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

Les trois volets du critère de l'arrêt *ITO* étaient réunis. 1) La disposition légale attributive de compétence en l'espèce était l'alinéa 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*. 2) Le droit fédéral jouait un rôle suffisant pour que la Cour fédérale ait compétence. Plusieurs dispositions de la *Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company »* (la Loi fédérale spéciale) étaient essentielles à la solution de la procédure de l'appelante. Le droit fédéral a joué un rôle essentiel à la solution du présent différend alors que le droit provincial n'a joué qu'un rôle accessoire ou complémentaire. La Cour fédérale peut connaître d'une demande même si l'affaire fait jouer le droit provincial. La question n'est pas de savoir si la Cour fédérale applique le droit provincial, puisqu'elle le fait souvent, mais plutôt si le droit fédéral qui constitue le fondement de la compétence de la Cour est essentiel à la solution du différend ou, en d'autres termes, si le droit fédéral joue un rôle suffisant pour qu'il puisse être conclu à la compétence de la Cour. Un grand nombre des déclarations sollicitées par l'appelante portaient sur ce qu'elle peut faire ou non selon le cadre prévu par la Loi fédérale spéciale et sur la question de savoir en quoi consistent ses ouvrages, questions qui n'ont rien à voir avec le droit provincial. 3) Enfin, la Loi fédérale spéciale constitue une expression valide de la compétence légale fédérale.

The Federal Court, established to administer federal law, and drawing on implied powers to determine the constitutional validity, operability and applicability of laws before it, can apply the doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity. This was a federal matter through and through and the Federal Court could determine it fully. As long as the test in *ITO* is met, the Federal Court has jurisdiction to make declarations in constitutional matters, such as declarations of invalidity or, as sought here, declarations of inoperability and inapplicability based on the doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity. Those doctrines can affect the force of federal legislation, in some circumstances permitting that legislation to be applied according to its terms notwithstanding provincial and municipal laws. As such, these doctrines are intertwined with federal legislative power under section 91 of the *Constitution Act, 1867* or are “a quality inherent in federal legislative power”. Thus, the doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity must themselves be regarded as part of the law of Canada that the Federal Court can interpret and apply. Section 101 of the *Constitution Act, 1867*, which exists to prevent interjurisdictional inconsistency and inequality, allows the federal Parliament to create federal courts with national jurisdiction to administer federal laws. The Federal Court and its predecessors have always had the ability to consider constitutional issues of validity, operability and applicability. Where the Federal Court does have subject-matter jurisdiction—both statutory and constitutional jurisdiction under the test in *ITO*—it also has the power to make determinations under section 52 of the *Constitution Act, 1982*. Were it otherwise, the Federal Court would have a constitutional jurisdiction narrower than many of the administrative decision makers it reviews. The constitutional doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity fit within the section 52 rubric. In order to act according to law, a court of law—even a statutory court like the Federal Court—must have an implied power to determine the law that is valid, operative, applicable and relevant to the case before it. This implied power has to include the doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity.

Finally, the appellant’s request for conversion of its pleading was not properly before the Court and could not be granted. Under section 52 of the *Federal Courts Act*, the Court does not have the power to determine a motion that could have been brought in the Federal Court but was not. Rather, the appellant should have sought conversion of its pleading by way of motion in the Federal Court.

La Cour fédérale, dont la mission est d’administrer les lois fédérales et qui peut s’appuyer sur les pouvoirs implicites dont elle dispose pour se prononcer sur la constitutionnalité et l’applicabilité des lois qui lui sont soumises, peut appliquer les doctrines de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences. Il s’agissait d’une question fédérale à part entière et la Cour fédérale pouvait la trancher sans réserve. Dès lors que le critère consacré par l’arrêt *ITO* est respecté, la Cour fédérale a compétence pour rendre des jugements déclaratoires en matière constitutionnelle tels que des déclarations d’invalidité ou, comme il était demandé en l’espèce, des jugements déclarant une loi inopérante et inapplicable sur le fondement des doctrines de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences. Ces doctrines peuvent avoir une incidence sur l’application d’une loi fédérale en permettant, dans certains cas, l’application de la loi selon ses dispositions malgré les lois provinciales et municipales incompatibles. À ce titre, ces doctrines sont étroitement liées au pouvoir législatif fédéral prévu à l’article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou « constitue un aspect inhérent du pouvoir législatif fédéral ». Ainsi, les doctrines de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences doivent elles-mêmes être considérées comme faisant partie des règles de droit canadiennes que la Cour fédérale doit interpréter et appliquer. L’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* vise à empêcher une incohérence et une inégalité entre les provinces et les territoires et permet au Parlement fédéral de créer des tribunaux fédéraux dotés d’une compétence nationale leur permettant d’appliquer les lois fédérales. La Cour fédérale et ses prédécesseurs ont toujours eu compétence pour examiner les questions constitutionnelles de validité, d’opérabilité et d’applicabilité. Lorsque la Cour fédérale a effectivement compétence matérielle — tant légale que constitutionnelle selon le critère consacré par la jurisprudence *ITO*—, elle a également le pouvoir de rendre des décisions fondées sur l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. S’il en était autrement, la Cour fédérale aurait une compétence constitutionnelle plus restreinte que celle de bon nombre des décideurs administratifs dont elle contrôle les décisions. Les doctrines constitutionnelles de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences cadrent avec la rubrique de l’article 52. Pour agir conformément à la loi, une cour de justice — même une cour créée par la loi comme la Cour fédérale — doit avoir le pouvoir implicite de se prononcer sur le droit valide, applicable et pertinent à l’affaire dont elle est saisie. Ce pouvoir implicite doit englober les doctrines de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences.

Enfin, la demande de conversion présentée par l’appelante concernant son acte de procédure n’a pas été régulièrement présentée à la Cour et elle ne pouvait être accueillie. En vertu de l’article 52 de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour n’a pas le pouvoir de trancher une requête qui aurait dû être présentée devant la Cour fédérale, mais ne l’a pas été. L’appelante aurait dû plutôt demander la conversion de son

acte de procédure en soumettant sa requête à la Cour fédérale.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

An Act to incorporate The Canadian Transit Company, S.C. 1921, c. 57, ss. 2, 8, 10.
British North America Act, 1867 (The), 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91, 92.
Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 1.
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].
Colonial Laws Validity Act, 1865 (U.K.), 28 & 29 Vict., c. 63, s. 2.
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. 91, 92(10),(14), 101.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 3.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 “relief”, 3 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 16), 4 (as am. *idem*), 23(c), 52.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 57, 300.
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1.
Railway Act, 1919 (The), S.C. 1919, c. 68, s. 20.
Soldier Settlement Act, 1919 (The), S.C. 1919, c. 71.
Statute of Westminster, 1931, (U.K.), 22 Geo. V, c. 4 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 27], ss. 2, 7(3).
Supreme and Exchequer Court Act (The), S.C. 1875, c. 11.
Water Clauses Consolidation Act, 1897, R.S.B.C., c. 190.

CASES CITED

APPLIED:

ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al., [1986] 1 S.C.R. 752, (1986), 28 D.L.R. (4th) 641.

DISTINGUISHED:

Northern Telecom Canada Ltd. et al. v. Communications Workers of Canada et al., [1983] 1 S.C.R. 733, (1983), 147 D.L.R. (3d) 1; *Harry Sargeant III v. Al-Saleh*, 2014 FCA 302, 26 C.B.R. (6th) 133.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier, S.C. 1875, ch. 11.
Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91, 92.
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].
Colonial Laws Validity Act, 1865 (R.-U.), 28 & 29 Vict., ch. 63, art. 2.
Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company », S.C. 1921, ch. 57, art. 2, 8, 10.
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. 91, 92(10),(14), 101.
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.
Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1.
Loi des chemins de fer, 1919, S.C. 1919, ch. 68, art. 20.
Loi d'établissement des soldats, 1919, S.C. 1919, ch. 71.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10, art. 3.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 « réparation », 3 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 16), 4 (mod., *idem*), 23c), 52.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 57, 300.
Statut de Westminster de 1931, (R.-U.), 22 Geo. V, ch. 4 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 27], art. 2, 7(3).
Water Clauses Consolidation Act, 1897, R.S.B.C., ch. 190.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre, [1986] 1 R.C.S. 752.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Northern Telecom Canada Ltée et autre c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada et autre, [1983] 1 R.C.S. 733; *Harry Sargeant III c. Al-Saleh*, 2014 CAF 302.

CONSIDERED:

Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada, [1979] 2 F.C. 575, (1979), 99 D.L.R. (3d) 623 (C.A.); *R. v. Montreal Urban Community Transit Commission*, [1980] 2 F.C. 151, (1980), 112 D.L.R. (3d) 266 (C.A.); *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; *Rhine v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442, (1980), 116 D.L.R. (3d) 385; *Peter G. White Management Ltd. v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2006 FCA 190, [2007] 2 F.C.R. 475; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (P.C.); *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; *Huson v. Township of South Norwich (1895)*, 24 S.C.R. 145; *Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40, (1997), 147 D.L.R. (4th) 457 (C.A.), revd on other grounds, [1999] 1 S.C.R. 3, (1999), 169 D.L.R. (4th) 130; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, (1997), 150 D.L.R. (4th) 577; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, (1995), 130 D.L.R. (4th) 385; *Early Recovered Resources Inc. v. British Columbia*, 2005 FC 995, [2006] 1 F.C.R. 187.

REFERRED TO:

Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company, 2013 FCA 50, 18 C.C.L.I. (5th) 263; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *Re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, (1982), 37 A.R. 541; *A.H. Boulton Co. Ltd. v. Trusts and Guarantee Co. Ltd.*, [1942] S.C.R. 130, [1942] 2 D.L.R. 145; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; *Hupacasath First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 4, 379 D.L.R. (4th) 737; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *Algoma Central Railway Co. v. Canada (1901)*, 7 Ex. C.R. 239, revd on other grounds (1902), 32 S.C.R. 277, affd [1903] A.C. 478 (P.C.); *The Queen v. Chandler (1868)*, 2 Cart. 421, 1 Hannay 556 (N.B.S.C.); *Pope v. Griffith (1872)*, 2 Cart. 291, 16 L.C. Jurist 169 (Que. Q.B.); *Ex p. Dansereau (1875)*, 2 Cart. 165, 19 L.C. Jurist 210 (Que. Q.B.); *L'Union St. Jacques v. Belisle (1872)*, 1 Cart. 72, 20 L.C. Jurist 29 (Que. Q.B.), revd (1874), L.R. 6 (P.C.); *Burrard Power Co. Limited et al. v. The King (1909)*, 12 Ex. C.R. 295, affd [1910] 43 S.C.R. 27, affd [1911] A.C. 87 (P.C.); *The King v. Powers*, [1923] Ex. C.R. 131; *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, (1981), 34 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Operation Dismantle Inc. et*

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada, [1979] 2 C.F. 575 (C.A.); *R. c. Commission de transport de la communauté urbaine de Montréal*, [1980] 2 C.F. 151 (C.A.); *McNamara Construction (Western) Ltd. et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; *Rhine c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442; *Peter G. White Management Ltd. c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2006 CAF 190, [2007] 2 R.C.F. 475; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (P.C.); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Huson v. Township of South Norwich (1895)*, 24 R.C.S. 145; *Del Zotto c. Canada*, [1997] 3 C.F. 40 (C.A.), inf. pour d'autres motifs par [1999] 1 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Early Recovered Resources Inc. c. Colombie-Britannique*, 2005 CF 995, [2006] 1 R.C.F. 187.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Revenu national) c. Compagnie d'assurance vie RBC, 2013 CAF 50; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; *A.H. Boulton Co. Ltd. v. Trusts and Guarantee Co. Ltd.*, [1942] R.C.S. 130; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *Première Nation des Hupacasath c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 4; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Algoma Central Railway Co. v. Canada (1901)*, 7 R.C. de l'É. 239, inf. pour d'autres motifs par (1902), 32 R.C.S. 277, conf. par [1903] A.C. 478 (P.C.); *The Queen v. Chandler (1868)*, 2 Cart. 421, 1 Hannay 556 (C.S. N.-B.); *Pope v. Griffith (1872)*, 2 Cart. 291, 16 L.C. Jurist 169 (B.R. Qué.); *Ex p. Dansereau (1875)*, 2 Cart. 165, 19 L.C. Jurist 210 (B.R. Qué.); *L'Union St. Jacques v. Belisle (1872)*, 1 Cart. 72, 20 L.C. Jurist 29 (B.R. Qué.), inf. par (1874), L.R. 6 (P.C.); *Burrard Power Co. Limited et al. v. The King (1909)*, 12 R.C. de l'É. 295, conf. par [1910] 43 R.C.S. 27, conf. par [1911] A.C. 87 (P.C.); *The King v. Powers*, [1923] R.C. de l'É. 131; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Singh c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 185

al. v. The Queen et al., [1985] 1 S.C.R. 441, (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; *Singh v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 185, (2000), 183 D.L.R. (4th) 458 (C.A.); *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, (1990), 77 D.L.R. (4th) 94; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; *Early Recovered Resources Inc. v. Gulf Log Salvage Co-Operative Assn.*, 2003 FCA 35, [2003] 3 F.C. 447; *Brooks Aviation, Inc. v. Boeing SB-17G*, 2004 FC 710, [2005] 1 F.C.R. 352; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536.

AUTHORS CITED

Bringham, Tom H. *The Rule of Law*, London: Allen Lane (Penguin Books), 2010.
 Finkelstein, Neil. *Laskin's Canadian Constitutional Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 1986.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented, Vol. 1, loose-leaf. Toronto: Carswell, 2007.
 Jacob, Isaac Hai. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.
 Mason, Keith. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1983), 57 *Austl. L. J.* 449.
 Saunders, Brian J., Donald J. Rennie and Graham Garton. "The Jurisdiction of the Federal Courts: An Overview" in *Federal Courts Practice 2015*. Toronto: Carswell, 2014.

APPEAL from a Federal Court decision (2014 FC 461, 455 F.T.R. 154) striking out the appellant's notice of application on the ground that the Federal Court had no jurisdiction to determine it. Appeal allowed.

APPEARANCES

Larry P. Lowenstein, Laura K. Fric, Kevin O'Brien and Pierre-Alexandre Henri for appellant.
Christopher J. Williams, Courtney V. Raphael and Jody E. Johnson for respondent.

(C.A.); *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Early Recovered Resources Inc. c. Gulf Log Salvage Co-Operative Assn.*, 2003 CAF 35, [2003] 3 C.F. 447; *Brooks Aviation, Inc. c. Boeing SB-17G*, 2004 CF 710, [2005] 1 R.C.F. 352; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536.

DOCTRINE CITÉE

Bringham, Tom H. *The Rule of Law*, Londres : Allen Lane (Penguin Books), 2010.
 Finkelstein, Neil. *Laskin's Canadian Constitutional Law*, 5^e éd. Toronto : Carswell, 1986.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd. supplémenté, vol. 1, feuilles mobiles. Toronto : Carswell, 2007.
 Jacob, Isaac Hai. « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.
 Mason, Keith. « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1983), 57 *Austl. L. J.* 449.
 Saunders, Brian J., Donald J. Rennie et Graham Garton. « The Jurisdiction of the Federal Courts: An Overview » dans *Federal Courts Practice 2015*. Toronto : Carswell, 2014.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2014 CF 461) qui a radié l'avis de demande de l'appelante au motif que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour statuer sur la demande. Appel accueilli.

ONT COMPARU

Larry P. Lowenstein, Laura K. Fric, Kevin O'Brien et Pierre-Alexandre Henri pour l'appelante.
Christopher J. Williams, Courtney V. Raphael et Jody E. Johnson pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, for appellant.
Aird & Berlis LLP, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] STRATAS J.A.: The Canadian Transit Company appeals from the judgment dated May 21, 2014 of the Federal Court (*per* Justice Shore): 2014 FC 461, 455 F.T.R. 154. The Federal Court struck out Canadian Transit's notice of application on the ground that the Federal Court had no jurisdiction to determine it.

[2] Canadian Transit appeals to this Court. It also seeks an order converting its application to an action.

[3] For the reasons that follow, I would grant the appeal with costs. The Federal Court has jurisdiction to determine this proceeding. However, I would decline to make the conversion order; the Federal Court, not this Court, is the proper forum for that.

A. Background

[4] Canadian Transit is the owner and operator of the Ambassador Bridge. The bridge connects Windsor and Detroit, crossing the Detroit River and the border between Canada and the United States.

[5] The bridge needs extensive maintenance. Canadian Transit also hopes to build another span across the river, with consequential new security facilities and approaches to the bridge. To these ends, Canadian Transit has acquired 114 properties near the bridge in Windsor. It intends to demolish the homes on the properties to advance these purposes.

[6] The respondent, Windsor, alleges that the properties have not been properly maintained and have become a blight on the community. Relying upon its by-laws, Windsor has issued repair orders against the 114

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Osler, Hoskin & Harcourt, S.E.N.C.R.L./s.r.l., Toronto, pour l'appelante.
Aird & Berlis LLP, Toronto, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : La Canadian Transit Company (Canadian Transit) interjette appel du jugement en date du 21 mai 2014, publié sous la référence 2014 CF 461, par lequel la Cour fédérale (le juge Shore) a radié son avis de demande au motif que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour statuer sur la demande.

[2] Canadian Transit interjette appel devant notre Cour. Elle sollicite également la conversion de la demande en action.

[3] Par les motifs qui suivent, je ferais droit à l'appel avec dépens. La Cour fédérale a compétence pour statuer sur la demande. Toutefois, je refuserais la conversion de l'instance; c'est la Cour fédérale, et non notre Cour, qui est la juridiction compétente pour rendre ce genre d'ordonnance.

A. Contexte

[4] Canadian Transit est la propriétaire et l'exploitante du pont Ambassador, qui relie Windsor à Detroit, et qui enjambe la rivière Détroit ainsi que la frontière qui sépare le Canada et les États-Unis.

[5] Le pont a besoin d'importants travaux de réparation. Canadian Transit souhaite aussi ajouter une deuxième travée, ce qui implique la construction de nouvelles installations de sécurité et d'approches pour le pont. À cette fin, Canadian Transit a fait l'acquisition de 114 biens-fonds situés près du pont, à Windsor. Elle a l'intention de démolir les maisons se trouvant sur ces biens-fonds pour réaliser ses objectifs.

[6] L'intimée, Windsor, allègue que les biens-fonds ont été mal entretenus au point de défigurer le quartier. Invoquant ses règlements municipaux, Windsor a pris des arrêtés de réparation visant les 114 biens-fonds.

properties. Since that time, proceedings regarding the by-laws and the repair orders have ensued before a municipal committee and the Ontario Superior Court of Justice.

[7] Canadian Transit then applied to the Federal Court for declaratory relief. Soon after the application was brought, Windsor moved to strike it on the ground that the Federal Court did not have jurisdiction over it.

[8] On consent, the Ontario Superior Court of Justice has stayed some of its proceedings until the jurisdictional issues are resolved. On this record, it cannot be said that Canadian Transit's resort to the Federal Court for relief constitutes an abuse of process.

B. The application before the Federal Court

[9] In its notice of application, Canadian Transit seeks a declaration that the Windsor by-law "does not apply to properties purchased, leased or otherwise acquired and held" by it, including the 114 properties.

[10] In support of that declaration, Canadian Transit says that the bridge, its approaches, terminal facilities, machinery and appurtenances constitute both an international work and undertaking, and a work and undertaking declared by Parliament to be for the general advantage of Canada: *An Act to incorporate The Canadian Transit Company*, S.C. 1921, c. 57, section 2 (federal Special Act). As such, they fall under federal regulatory jurisdiction under subsections 91(29) and 92(10) of 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]]. Canadian Transit also seeks other declarations concerning its rights and obligations under the federal Special Act, such as its rights to purchase, lease or otherwise acquire and hold lands for the Ambassador Bridge, its rights to expropriate and take easements over lands, and its obligation to maintain the

Depuis, des procédures concernant les règlements et les arrêtés de réparation ont été entamées devant un comité municipal et la Cour supérieure de justice de l'Ontario.

[7] Canadian Transit a ensuite saisi la Cour fédérale d'une demande de jugement déclaratoire. Peu de temps après l'introduction de la demande, la ville de Windsor a présenté une requête en radiation de cette demande au motif que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour l'instruire.

[8] Du consentement des parties, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a suspendu certaines de ses procédures jusqu'à ce que les questions de compétence aient été tranchées. Vu l'état du dossier, on ne peut affirmer qu'en s'adressant à la Cour fédérale, Canadian Transit a commis un abus de procédure.

B. La demande présentée à la Cour fédérale

[9] Par son avis de demande, Canadian Transit sollicite un jugement déclarant que le règlement de la ville de Windsor [TRADUCTION] « ne s'applique pas aux biens-fonds achetés, loués ou autrement acquis et détenus » par elle, y compris les 114 biens-fonds.

[10] À l'appui de cette demande de jugement déclaratoire, Canadian Transit affirme que le pont, ses approches, ses terminaux, ses équipements et ses accessoires constituent à la fois des ouvrages internationaux et des ouvrages qui ont été déclarés par le Parlement être à l'avantage général du Canada (*Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company »*, S.C. 1921, ch. 57, article 2 (la Loi fédérale spéciale). Le pont relève donc du pouvoir fédéral de réglementation prévu aux paragraphes 91(29) et 92(10) de 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]]. Canadian Transit sollicite également d'autres déclarations concernant ses droits et obligations aux termes de la Loi fédérale spéciale, notamment son droit d'acheter, de louer ou d'autrement acquérir ou détenir des biens-fonds pour le pont Ambassador, son

Ambassador Bridge and associated works in good condition.

[11] Overall, Canadian Transit intends to argue that the Windsor by-law does not apply to the properties on the basis of the constitutional doctrines of interjurisdictional immunity, paramountcy, or both.

[12] Canadian Transit's application also seeks other declarations that establish components of the case for interjurisdictional immunity and paramountcy. These include declarations that Canadian Transit has the power under the federal Special Act to implement its plans for the bridge, and that the properties are necessary to implement those plans.

[13] The application has been brought in the Federal Court under paragraph 23(c) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. Paragraph 23(c) provides as follows:

Bills of exchange and promissory notes — aeronautics and interprovincial works and undertakings

23. Except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned, the Federal Court has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under an Act of Parliament or otherwise in relation to any matter coming within any of the following classes of subjects:

...

(c) works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province.

C. The Federal Court's decision

[14] The Federal Court granted Windsor's motion to strike the application. In its view, the application did not support a cause of action and, thus, could not succeed.

droit d'exproprier et d'acquérir des servitudes sur des biens-fonds et son obligation de maintenir le pont Ambassador et ses ouvrages connexes en bon état.

[11] De manière générale, Canadian Transit a l'intention de plaider que le règlement de la ville de Windsor ne s'applique pas aux biens-fonds en invoquant la doctrine constitutionnelle de l'exclusivité des compétences ou celle de la prédominance, ou les deux.

[12] La demande de Canadian Transit vise également à obtenir d'autres déclarations qui correspondent à certains éléments lui permettant d'invoquer la doctrine de l'exclusivité des compétences et celle de la prédominance, notamment des déclarations portant que Canadian Transit a, aux termes de la Loi fédérale spéciale, le pouvoir de mettre à exécution ses plans en ce qui concerne le pont et que les biens-fonds sont nécessaires pour mettre à exécution les plans en question.

[13] La présente demande a été introduite devant la Cour fédérale en vertu de l'alinéa 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, qui dispose :

23. Sauf attribution spéciale de cette compétence par ailleurs, la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans tous les cas — opposant notamment des administrés — de demande de réparation ou d'autre recours exercé sous le régime d'une loi fédérale ou d'une autre règle de droit en matière :

Lettres de change et billets à ordre — Aéronautique et ouvrages interprovinciaux

[...]

c) d'ouvrages reliant une province à une autre ou s'étendant au-delà des limites d'une province.

C. La décision de la Cour fédérale

[14] La Cour fédérale a accueilli la requête en radiation de la demande présentée par la ville de Windsor. À son avis, la demande ne révélait pas de moyen et elle ne pouvait donc pas être accueillie.

[15] Among other things, the Federal Court characterized the application as one seeking a legal opinion concerning whether Canadian Transit’s enabling legislation has any bearing on the matter, something which the Federal Court has no jurisdiction to do (at paragraphs 12–13). It also noted that the pleading before it was a notice of application—the pleading used to start an application for judicial review—but the notice of application did not assert any cognizable administrative law claim (at paragraphs 14 and 16).

[16] Next, the Federal Court turned to paragraph 23(c) of the *Federal Courts Act*, above, the purported basis for the application. It found (at paragraph 15) that declaratory remedies could not be awarded under paragraph 23(c). Further, the Federal Court found (at paragraph 17) that there was insufficient federal law in the proceeding to clothe the Federal Court with jurisdiction. In its view, the proceeding failed the well-known test for jurisdiction set out in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752.

[17] On appeal, Canadian Transit submits that the Federal Court erred on all these issues.

D. The issues in this appeal and their interrelationship

[18] The Federal Court is a statutory court, established “for the better Administration of the Laws of Canada” under section 101 of the *Constitution Act, 1867*. In order to adjudicate a particular matter, it must have both statutory and constitutional jurisdiction.

[19] In particular, a party asserting that the Federal Court has jurisdiction over a matter must establish the following:

- *Statutory jurisdiction.* There must be a statutory provision (usually in the *Federal Courts Act*) empowering the Federal Court to decide the matter. Sometimes the meaning and scope of the statutory

[15] La Cour fédérale a expliqué que la demande visait notamment à obtenir son avis juridique sur l’applicabilité de la loi habilitante de Canadian Transit, question à l’égard de laquelle la Cour fédérale n’avait pas compétence (paragraphes 12 et 13). La Cour a également fait observer que l’acte de procédure qui lui avait été présenté était un avis de demande — soit l’acte de procédure utilisé pour introduire une demande de contrôle judiciaire —, mais que cet avis ne révélait aucun moyen recevable en droit administratif (paragraphes 14 et 16).

[16] La Cour fédérale s’est ensuite penchée sur l’alinéa 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*, précitée, sur lequel était censée s’appuyer la demande. Elle a conclu, au paragraphe 15, que l’alinéa 23c) n’habilitait pas la Cour à rendre un jugement déclaratoire. Elle a également conclu, au paragraphe 17, que la Cour fédérale n’avait pas compétence pour connaître de l’affaire parce que la demande n’était pas suffisamment fondée en droit fédéral. À son avis, la demande ne satisfaisait pas au critère bien connu de la compétence consacré par la jurisprudence *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752.

[17] Dans le cadre du présent appel, Canadian Transit soutient que la Cour fédérale a commis des erreurs à l’égard de toutes ces questions.

D. Les questions en litige dans le présent appel et les rapports qui existent entre elles

[18] La Cour fédérale est une cour créée par la loi « pour la meilleure administration des lois du Canada » aux termes de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour pouvoir statuer sur une affaire, elle doit avoir compétence tant aux termes de la loi qu’aux termes de la Constitution.

[19] En particulier, le plaideur qui soutient que la Cour fédérale a compétence sur une question doit établir les éléments suivants :

- *Compétence légale.* Il doit exister une disposition légale (que l’on trouve habituellement dans la *Loi sur les Cours fédérales*) qui autorise la Cour fédérale à trancher l’affaire. La portée et le sens de la

provision is disputed. Sometimes a party submits that a statutory provision gives rise to plenary, implied or necessarily incidental powers: *Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50, 18 C.C.L.I. (5th) 263, at paragraph 36. Issues such as these are resolved by the usual principles of statutory interpretation: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418.

- *Constitutional jurisdiction.* There must be a matter that a court established “for the better Administration of the Laws of Canada” under section 101 of the *Constitution Act, 1867* can determine.

[20] Long ago, the Supreme Court of Canada established a three-fold test to determine whether the Federal Court has statutory and constitutional jurisdiction along the above lines: *ITO—International Terminal Operators*, above, at page 766. The following are the three branches of that test:

1. *A statutory grant of jurisdiction.* The Federal Courts may only deal with matters given to them by federal legislation, expressly or impliedly. The only exception to this is a narrow category of plenary or necessarily incidental powers the Federal Courts have to operate as courts and to manage matters before them.
2. *Federal law must play a sufficient role.* Because the Federal Court has been established to administer the laws of Canada under section 101 of the *Constitution Act, 1867*, the Federal Court cannot act unless there is an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction. Authorities, described below, use a variety of terms to describe the level of federal law that is sufficient.

disposition légale sont parfois controversés. Il arrive aussi qu’une partie soutienne que la disposition légale confère un pouvoir absolu, implicite ou nécessairement accessoire (*Canada (Revenu national) c. Compagnie d’assurance-vie RBC*, 2013 CAF 50, paragraphe 36). Il est répondu à ces questions de cette nature en appliquant les principes habituels d’interprétation des lois (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27).

- *Compétence constitutionnelle.* Il doit s’agir d’une question qui peut être tranchée par une cour créée « pour la meilleure administration des lois du Canada » au sens de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[20] Il y a longtemps, la Cour suprême du Canada a consacré un critère à trois volets pour rechercher si la Cour fédérale a, comme nous venons de le voir, compétence en vertu de la loi et de la Constitution (*ITO—International Terminal Operators*, précité, à la page 766). Voici les trois volets de ce critère :

1. *Attribution de compétence par une loi.* Les Cours fédérales ne peuvent connaître que des affaires qui leur sont attribuées expressément ou tacitement par une loi fédérale. La seule exception à cette règle concerne une catégorie restreinte de pouvoirs pléniers ou de pouvoirs accessoires nécessaires dont disposent les Cours fédérales pour pouvoir fonctionner comme cours de justice et pour assurer la gestion des instances dont elles sont saisies.
2. *Le droit fédéral doit jouer un rôle suffisant.* Comme la Cour fédérale a été créée pour administrer les lois du Canada en vertu de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Cour fédérale ne peut être saisie à moins qu’il n’existe un ensemble de règles de droit fédéral qui soit essentiel à la solution du différend et qui constitue le fondement de l’attribution légale de sa compétence. La jurisprudence précitée a employé divers termes pour qualifier la teneur en droit fédéral jugée suffisante.

3. *The federal law must be validly federal under the constitutional division of powers.* The Federal Courts, as courts under section 101 of the *Constitution Act, 1867*, are established to administer the “[l]aws of Canada.” The laws they administer must fall under federal jurisdiction in the Constitution.

All three branches of this test must be present in order for the Federal Courts to have jurisdiction.

[21] I agree with those who consider the third branch of this test to duplicate somewhat the second. After considering whether federal law plays a sufficient role in the case (the second branch of the test), the question whether the law is validly federal (the third branch of the test) has already been answered or the answer is self-evident. And the two branches together address a single concept, whether or not the Federal Court has the constitutional jurisdiction to act under section 101 of the *Constitution Act, 1867*. Nevertheless, I shall apply each of the three branches of the test in *ITO—International Terminal Operators* in the first section of the reasons that follow.

[22] The case at bar, however, raises one additional constitutional wrinkle: whether the Federal Court can make a declaration that the Windsor by-law does not apply based on the constitutional doctrines of paramountcy, interjurisdictional immunity, or both. During oral argument, we asked counsel about the nature and status of these doctrines in the Federal Court and whether the Federal Court has the power to consider and apply them. We asked this because some commentators have queried this: see “The Jurisdiction of the Federal Courts: An Overview” in Brian J. Saunders, Donald J. Rennie and Graham Garton, *Federal Courts Practice 2015* (Toronto: Carswell, 2014), at page 9. Their query stems from a passing suggestion in the case law that the Acts in the Constitution are not “laws of Canada” that the Federal Court can apply because the Parliament of Canada did not make them: *Northern Telecom Canada Ltd. et al. v. Communications Workers of Canada et al.*, [1983] 1 S.C.R. 733, at page 745. I shall

3. *La loi fédérale invoquée doit être une loi fédérale valide au regard du partage des compétences prévues par la Constitution.* En tant que juridictions créées aux termes de l’article 101 de *Loi constitutionnelle de 1867*, les Cours fédérales sont établies pour administrer les « lois du Canada ». Les lois qu’elles administrent doivent relever de la compétence fédérale selon la Constitution.

Les trois volets de ce critère doivent être réunis pour que les Cours fédérales aient compétence.

[21] Je retiens l’idée, avancée par certains, que le troisième volet de ce critère chevauche le deuxième jusqu’à un certain point. Lorsqu’on a recherché si le droit fédéral joue un rôle suffisant dans l’affaire (le second volet du critère), on a déjà répondu à la question de savoir si la loi est une loi fédérale valide (le troisième volet du critère), ou encore la réponse est évidente. Par ailleurs, les deux volets du critère visent une même question, à savoir si la Cour fédérale a la compétence constitutionnelle pour être saisie en vertu de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. J’appliquerai néanmoins chacun des trois volets du critère consacré par la jurisprudence *ITO—International Terminal Operators* dans la première partie des motifs qui suivent.

[22] La présente affaire soulève toutefois une autre difficulté sur le plan constitutionnel : la Cour fédérale peut-elle rendre un jugement déclaratoire portant que le règlement de la ville de Windsor ne joue pas en raison de la doctrine constitutionnelle de la prépondérance ou de celle l’exclusivité des compétences, ou de ces deux doctrines? Au cours des débats, nous avons interrogé les avocats au sujet de la nature et de l’évolution de ces doctrines devant la Cour fédérale, et nous leur avons demandé si la Cour fédérale avait le pouvoir de les examiner et de les appliquer. Nous leur avons posé cette question parce que certains auteurs se sont interrogés à ce sujet (voir « The Jurisdiction of the Federal Courts: An Overview », dans Brian J. Saunders, Donald J. Rennie et Graham Garton, *Federal Courts Practice 2015*, Toronto : Carswell, 2014, à la page 9). Le questionnement de ces auteurs s’explique par le fait que la jurisprudence semble opiner que les lois dont il est question dans la Constitution ne sont pas des « lois du

deal with this in the second section of the reasons that follow.

[23] Finally, there is a procedural question before us. Canadian Transit now concedes that it should have started its proceeding by way of statement of claim rather than by way of notice of application. Therefore, it asks this Court to permit it to convert its application to an action. I shall deal with this in the final section of the reasons that follow.

[24] In light of the foregoing discussion, then, my reasons shall address three questions:

- Is the test in *ITO—International Terminal Operators* met? In other words, does the Federal Court have statutory and constitutional jurisdiction over this proceeding?
- Does the Federal Court have jurisdiction to make declarations on constitutional matters such as paramountcy and interjurisdictional immunity?
- Should Canadian Transit's application be converted to an action?

E. Is the test in *ITO—International Terminal Operators* met? In other words, does the Federal Court have statutory and constitutional jurisdiction over this proceeding?

[25] In my view, in this case, all three branches of the test in *ITO—International Terminal Operators* are met.

(1) Statutory grant of jurisdiction

Canada » que la Cour fédérale peut appliquer parce qu'elles n'ont pas été adoptées par le Parlement du Canada (*Northern Telecom Canada Ltée et autre c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada et autre*, [1983] 1 R.C.S. 733, à la page 745). Je discuterai de ce problème dans la seconde partie des motifs qui suivent.

[23] Enfin, il nous faut examiner une question procédurale. Canadian Transit admet maintenant qu'elle aurait dû introduire la présente instance au moyen d'une déclaration plutôt que d'un avis de demande. Elle demande donc à la Cour de lui permettre de convertir sa demande en action. Je reviendrai sur cette question dans la dernière partie des motifs qui suivent.

[24] Vu la discussion qui précède, j'examinerai les trois questions suivantes :

- Le critère de la jurisprudence *ITO—International Terminal Operators* a-t-il été respecté? En d'autres termes, la Cour fédérale a-t-elle compétence légale et constitutionnelle sur la présente procédure?
- La Cour fédérale a-t-elle compétence pour rendre des jugements déclaratoires sur des questions constitutionnelles telles que la doctrine de la prépondérance et celle de l'exclusivité des compétences?
- La demande de Canadian Transit doit-elle être convertie en action?

E. Le critère de la jurisprudence *ITO—International Terminal Operators* a-t-il été respecté? En d'autres termes, la Cour fédérale a-t-elle compétence légale et constitutionnelle sur la présente procédure?

[25] À mon avis, les trois volets du critère de l'arrêt *ITO—International Terminal Operators* sont réunis en l'espèce.

1) Attribution de compétence par une loi

[26] The relevant statutory grant of jurisdiction is paragraph 23(c) of the *Federal Courts Act*, above. Paragraph 23(c) of the *Federal Courts Act* allows a party to seek “relief ... under an Act of Parliament or otherwise in relation to ... works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province.” Section 2 of the *Federal Courts Act* defines “relief” as “every species of relief, whether by way of ... declaration ... or otherwise”.

[27] Read with that definition in mind, paragraph 23(c) of the *Federal Courts Act*, then, allows a party to seek “[a declaration] in relation to ... works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province.”

[28] In its notice of application, Canadian Transit seeks exactly those sorts of declaration: see paragraphs 9–12, above. Its proceeding is authorized by paragraph 23(c) of the *Federal Courts Act*. The requirement that there be a statutory grant of jurisdiction to the Federal Court to determine the matter—the first branch of the *ITO—International Terminal Operators* test—is met.

(2) Federal law plays a sufficient role

[29] Under this branch of the *ITO—International Terminal Operators* test, the first step is to assess the nature of the proceeding before us, including what body or bodies of law will be necessary to determine it. Then we must assess whether, overall, federal law will play a primary role in the sense of being “essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction”: *ITO—International Terminal Operators*, above, at page 766.

[30] In this proceeding, Canadian Transit alleges that the federal Special Act creates it, gives it powers to construct, maintain and operate the Ambassador Bridge and surrounding facilities and properties, and, to some extent, regulates those physical things and powers. It says that the bridge and surrounding facilities and properties, taken together, are a work or undertaking that

[26] La disposition légale attributive de compétence en l’espèce est l’alinéa 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*, précitée, qui permet à une partie de demander une « réparation [...] sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit en matière [...] d’ouvrages reliant une province à une autre ou s’étendant au-delà des limites d’une province ». L’article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales* définit comme suit le mot « réparation » : « Toute forme de réparation en justice, notamment par voie de [...] déclaration ».

[27] Si l’on tient compte de cette définition, l’alinéa 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*, permet donc à une partie de demander une « [déclaration] en matière [...] d’ouvrages reliant une province à une autre ou s’étendant au-delà des limites d’une province ».

[28] Dans son avis de demande, Canadian Transit sollicite précisément ce type de déclaration : voir les paragraphes 9 à 12 des présents motifs. L’instance qu’elle a introduite est autorisée par l’alinéa 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*. L’exigence qu’il y ait une attribution légale de compétence à la Cour fédérale sur l’affaire — premier volet du critère de la jurisprudence *ITO—International Terminal Operators* — est donc respectée.

2) Le droit fédéral joue un rôle suffisant

[29] Selon ce volet du critère de la jurisprudence *ITO—International Terminal Operators*, la première étape consiste à définir la nature de la cause qui nous occupe et de rechercher notamment quelles règles de droit seront nécessaires pour la juger. Il nous faut donc rechercher si, dans l’ensemble, le droit fédéral joue un rôle important, à savoir un rôle qui est « essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l’attribution légale de compétence » (*ITO—International Terminal Operators*, précité, à la page 766).

[30] Dans la présente affaire, Canadian Transit soutient que la Loi fédérale spéciale est la loi qui lui confère le pouvoir de construire, d’entretenir et d’exploiter le pont Ambassador et les installations et biens-fonds qui l’entourent et qui, dans une certaine mesure, lui donne le pouvoir de réglementer ces objets matériels et ces pouvoirs. Canadian Transit affirme que le pont et les

extends beyond the limits of the province and, thus, are federally regulated: *Constitution Act, 1867*, subsections 91(29) and 92(10). Finally, it says that by virtue of the constitutional doctrines of paramourcy and interjurisdictional immunity, Windsor's by-law does not apply to Canadian Transit, its exercise of some or all of its powers under the federal Special Act, and the bridge and surrounding facilities and properties.

[31] In considering those issues, the Federal Court will have to, among other things, interpret the federal Special Act, interpret the Windsor by-law, consider whether the bridge and surrounding facilities and properties constitute a federal enclave immune from the by-law on the basis of the constitutional doctrine of interjurisdictional immunity and, finally, consider whether there is a conflict between the Act and the by-law such that the Act prevails over the by-law under the constitutional doctrine of paramourcy.

[32] Taken together, is there sufficient federal law for the Federal Court to have jurisdiction? In my view, there is.

[33] First, the federal Special Act. Several provisions of it bear upon the issue whether Canadian Transit is entitled to the declarations it seeks:

- Section 2 declares the work and undertaking of Canadian Transit (i.e., the bridge and any other things that the court hearing the proceeding finds are associated with it) to be for the general advantage of Canada, thereby triggering federal jurisdiction under subsections 91(29) and 92(10) of the *Constitution Act, 1867*.
- Section 8 allows Canadian Transit, among other things, to construct, maintain and operate its work and undertaking, including the facilities mentioned in paragraph 8(e).

installations et biens-fonds qui l'entourent, pris globalement, constituent des ouvrages qui s'étendent au-delà des limites de la province et qui sont donc assujettis à la réglementation fédérale (*Loi constitutionnelle de 1867*, paragraphes 91(29) et 92(10)). Enfin, elle soutient qu'en vertu des doctrines constitutionnelles de la prépondérance et de l'exclusivité des compétences, le règlement adopté par la ville de Windsor ne s'applique pas à Canadian Transit, à l'exercice d'une partie ou de la totalité des pouvoirs que lui confère la Loi fédérale spéciale, ainsi qu'au pont et aux installations et biens-fonds qui l'entourent.

[31] Pour examiner ces questions, la Cour fédérale doit notamment interpréter la Loi fédérale spéciale et le règlement de la ville de Windsor et rechercher si le pont et les installations et biens-fonds qui l'entourent constituent une enclave fédérale à l'abri du règlement, par application de la doctrine constitutionnelle de l'exclusivité des compétences et, enfin, s'il existe un conflit entre la Loi et le règlement en question, de sorte que la loi doive l'emporter sur le règlement selon la doctrine de l'exclusivité des compétences.

[32] Globalement, le droit fédéral joue-t-il un rôle suffisant pour que la Cour fédérale ait compétence? À mon avis, la réponse est affirmative.

[33] Examinons d'abord la Loi fédérale spéciale. Plusieurs de ses dispositions portent sur la question de savoir si Canadian Transit a droit aux déclarations qu'elle sollicite :

- Aux termes de l'article 2, les ouvrages de Canadian Transit (c.-à-d., le pont et les autres éléments que le tribunal statuant sur l'affaire pourrait estimer liés au pont) sont à l'avantage général du Canada, de sorte qu'ils relèvent de la compétence fédérale en vertu des paragraphes 91(29) et 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
- L'article 8 permet notamment à Canadian Transit de construire, d'entretenir et d'exploiter les installations mentionnées à l'alinéa 8e).

- Section 10 goes some way toward mediating the interests of Canadian Transit and Windsor. It requires Canadian Transit to obtain the consent of Windsor, expressed through by-law, before engaging in construction or operation of the work. If consent cannot be had, the “Board of Railway Commissioners”, now the federal Canadian Transportation Agency, is to decide what terms shall be imposed on the construction or operation of the work.
- Section 20 of *The Railway Act, 1919* [S.C. 1919, c. 68], a federal statute, applies to the work and undertaking to the extent that it is not inconsistent with the federal Special Act.
- L’article 10 contribue dans une certaine mesure à concilier les intérêts de Canadian Transit et de la ville de Windsor. Il oblige Canadian Transit à obtenir le consentement de la ville de Windsor, exprimé par règlement, avant d’entreprendre la construction ou l’exploitation des ouvrages. À défaut de ce consentement, il appartient à la « Commission des chemins de fer du Canada » (maintenant l’Office des transports du Canada), de fixer les conditions auxquelles la construction et l’exploitation des travaux seront assujetties.
- L’article 20 de la *Loi des chemins de fer, 1919* [S.C. 1919, ch. 68], loi fédérale, s’applique aux ouvrages dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec la Loi fédérale spéciale.

[34] This is federal law essential to the determination of Canadian Transit’s proceeding. Perhaps one of the most central tasks of the Federal Court in this proceeding will be to assess, in light of and in the context of the [federal] Special Act, to what extent, if any, the surrounding properties and facilities are part of this federal work or undertaking and regulated by the [federal] Special Act. Another central task will be to assess the extent to which section 10 of the [federal] Special Act sets up a regulatory regime to govern conflicts between this federal work or undertaking and any municipal by-laws.

[34] Il s’agit du droit fédéral essentiel à la solution de la procédure de Canadian Transit. Une des missions les plus importantes que la Cour fédérale devra remplir dans le cadre de la présente procédure sera probablement de rechercher, à la lumière et dans le contexte de la Loi [fédérale] spéciale, dans quelle mesure, le cas échéant, les biens-fonds et installations adjacentes font partie de ces ouvrages fédéraux et sont réglementés par la Loi [fédérale] spéciale. Elle sera également appelée à répondre à la question cruciale de savoir dans quelle mesure l’article 10 de la Loi [fédérale] spéciale établit un régime réglementaire lui permettant d’arbitrer les conflits entre ces ouvrages fédéraux et tout règlement municipal.

[35] Windsor submits that Canadian Transit’s proceeding involves plenty of provincial law and so there is not enough federal law to support the Federal Court’s jurisdiction. It says that the Federal Court would have to interpret the relevant Windsor by-law, a quintessentially provincial matter under the *Constitution Act, 1867*, ascertaining its policies and scope. In Windsor’s view, this significant element of provincial law takes the proceeding beyond the Federal Court’s jurisdiction.

[35] La ville de Windsor soutient que le recours introduit par Canadian Transit fait jouer beaucoup de droit provincial et qu’elle ne repose pas suffisamment sur le droit fédéral pour qu’il puisse être conclu à la compétence de la Cour fédérale. Elle affirme que la Cour fédérale aurait à interpréter le règlement applicable de la ville de Windsor, ce qui est une question essentiellement provinciale selon la *Loi constitutionnelle de 1867*, et à en préciser les politiques et la portée. Selon la ville de Windsor, vu cet aspect important du droit provincial, la présente procédure déborde le cadre de la compétence de la Cour fédérale.

[36] I reject Windsor’s submission. In my view, federal law plays an essential role in the outcome of this

[36] Je rejette la thèse de la ville de Windsor. À mon avis, le droit fédéral joue un rôle essentiel à la solution

case, with provincial law playing only a subsidiary or incidental role.

[37] At the outset of explaining why this is so, it is worth noting that the Federal Court can entertain a proceeding even though there is some provincial law involved in the case (*ITO—International Terminal Operators*, above, at pages 781–782):

The Federal Court is constituted for the better administration of the laws of Canada. It is not, however, restricted to applying federal law in cases before it. Where a case is in “pith and substance” within the court’s statutory jurisdiction, the Federal Court may apply provincial law incidentally necessary to resolve the issues presented by the parties; [Citations omitted.]

[38] This is not a controversial proposition. Of necessity, the Federal Courts regularly decide incidental questions of provincial law. For example, when deciding income tax appeals from the Tax Court of Canada, a federal matter, this Court often must decide issues of contract, trust law and provincial corporate law, among others. When the federal Crown is sued in tort in the Federal Court, the provincial common law is treated as federal law. In federal maritime law cases, the Federal Court often must apply provincial laws of contributory negligence. The question is not whether the Federal Court is doing any provincial law; it often is. The question is whether there is federal law essential to the claim that nourishes the Court’s jurisdiction or, put another way, whether there is sufficient federal law to give the Court jurisdiction.

[39] Different cases use different words and approaches to describe the degree of federal law that is sufficient. *ITO—International Terminal Operators*, above, inquires into whether provincial law is only “incidentally necessary” to the federal law in the case (at pages 781–782). Other authorities start with the federal law and ask whether it bears upon the case. For example, one formulation is whether “the rights and obligations of the parties are to be determined to some material extent by federal

du présent différend alors que le droit provincial ne joue qu’un rôle accessoire ou complémentaire.

[37] Pour expliquer ma conclusion à cet égard, il vaut la peine de signaler d’entrée de jeu que la Cour fédérale peut connaître d’une demande même si l’affaire fait jouer le droit provincial (*ITO—International Terminal Operators*, aux pages 781 et 782) :

La Cour fédérale est constituée pour la meilleure administration des lois du Canada. Elle n’est pas cependant restreinte à l’application du droit fédéral aux affaires dont elle est saisie. Lorsqu’une affaire relève, de par son « caractère véritable », de sa compétence légale, la Cour fédérale peut appliquer accessoirement le droit provincial nécessaire à la solution des points litigieux soumis par les parties; [Renvois omis.]

[38] Ces principes ne sont pas controversés. Les Cours fédérales sont, par la force des choses, régulièrement appelées à trancher des questions accessoires de droit provincial. Par exemple, lorsqu’elle statue sur des appels en matière d’impôt sur le revenu de décisions de la Cour canadienne de l’impôt — matière fédérale —, notre Cour est souvent appelée à trancher notamment des questions de contrats, du droit des fiducies et du droit provincial des sociétés. Lorsque la Couronne fédérale est poursuivie en responsabilité civile délictuelle devant la Cour fédérale, la common law fédérale provinciale est considérée comme un droit fédéral. Dans les affaires de droit maritime fédéral, la Cour fédérale doit souvent appliquer des lois provinciales en matière de négligence contributive. La question n’est pas de savoir si la Cour fédérale applique le droit provincial, puisqu’elle le fait souvent, mais plutôt si le droit fédéral qui constitue le fondement de la compétence de la Cour est essentiel à la solution du différend ou, en d’autres termes, si le droit fédéral joue un rôle suffisant pour qu’il puisse être conclu à la compétence de la Cour.

[39] La jurisprudence a employé différents mots et différentes méthodes pour qualifier la teneur en droit fédéral jugée suffisante. Selon la jurisprudence *ITO—International Terminal Operators*, précité, il faut rechercher si les principes « nécessaires » de droit provincial sont uniquement appliqués « accessoirement » au droit fédéral en cause dans l’affaire (aux pages 781 et 782). Parfois, la jurisprudence commence par examiner le droit fédéral et s’interroge sur son incidence sur

law” or whether the cause of action “is one affected” by federal law: *Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575 (C.A.), at page 583. Yet another formulation is whether “the federal statute has an important part to play in determining the rights of the parties”: *R. v. Montreal Urban Community Transit Commission*, [1980] 2 F.C. 151, (C.A.), at page 153.

[40] Examples abound where an element of provincial law is before the Federal Court—sometimes a fairly large element—yet the Federal Court has nevertheless been held to have jurisdiction because of the essentiality and prominence of the federal law in the case. In *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, the Supreme Court confirmed the ability of the Federal Court to apply the provincial law of contribution and indemnity to resolve a dispute as long as it does so under a body or framework of federal law given to it. In *Rhine v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442, [*Rhine; Prytula*], the Supreme Court held that the Federal Court could deal with an action to enforce contractual promises—a matter governed by provincial law—to repay loans made under and affected by federal statutes. Finally, in *Peter G. White Management Ltd. v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2006 FCA 190, [2007] 2 F.C.R. 475, this Court held that the Federal Courts could deal with common law torts, matters of provincial law, where they were “in pith and substance” based on federal law or informed by it and where there was a “detailed [federal] statutory framework”.

[41] In the case at bar, provincial law plays a role that is only subsidiary or incidental to the large body of federal law in the federal Special Act set out above. Indeed, a number of the declarations Canadian Transit seeks concern what it can and cannot do under the framework of the federal Special Act and what its work

l’affaire. Par exemple, la jurisprudence recherche parfois si « les droits et obligations des parties [devraient être] déterminés en partie par le droit fédéral » ou si la cause d’action « tire son origine du droit fédéral » (*Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575 (C.A.), aux pages 582 et 583). Une autre formulation que l’on trouve est la suivante : « la loi fédérale [a] un rôle important à jouer dans la détermination des droits des parties » (*R. c. Commission de transport de la communauté urbaine de Montréal*, [1980] 2 C.F. 151 (C.A.), à la page 153).

[40] On trouve de nombreuses affaires dans lesquelles un aspect du droit provincial est déféré à la Cour fédérale — parfois un aspect très important — et où la Cour fédérale est néanmoins déclarée compétente en raison du caractère essentiel et prédominant du droit fédéral dans l’affaire en question. Ainsi, à l’occasion de l’affaire *McNamara Construction (Western) Ltd. et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, la Cour suprême du Canada a confirmé que la Cour fédérale avait compétence pour appliquer le droit provincial en matière de contribution et d’indemnisation pour trancher un différend dès lors qu’elle respectait l’ensemble ou le cadre de lois fédérales qui lui avaient été attribuées. À l’occasion de l’affaire *Rhine c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442 [*Rhine; Prytula*], la Cour suprême a conclu que la Cour fédérale pouvait connaître d’une action visant à faire exécuter des promesses contractuelles — question relevant du droit provincial — en vue d’obtenir le remboursement de prêts consentis en vertu de lois fédérales et régis par des lois fédérales. Enfin, à l’occasion de l’affaire *Peter G. White Management Ltd. c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2006 CAF 190, [2007] 2 R.C.F. 475, notre Cour a jugé que les Cours fédérales pouvaient statuer sur des délits de common law — questions de droit provincial — lorsque ces délits étaient « de par leur caractère véritable » fondés sur la common law provinciale ou s’en inspiraient ou s’il existait un « cadre législatif [fédéral] détaillé ».

[41] En l’espèce, le droit provincial joue un rôle qui n’est qu’accessoire par rapport à l’ensemble des règles de droit fédéral contenues dans la Loi fédérale spéciale susmentionnée. D’ailleurs, un grand nombre des déclarations sollicitées par Canadian Transit portent sur ce qu’elle peut faire ou non selon le cadre prévu par la Loi

or undertaking consists of—subjects that have no provincial law content whatsoever.

[42] When applying the constitutional doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity, the Federal Court will have to interpret the scope of Windsor’s by-law and the purposes behind it. But in applying those same doctrines, the Federal Court will have to interpret the federal Special Act to the same extent. And, as we shall see, these doctrines, in themselves, can be regarded as part of the law of Canada that the Federal Court can interpret and apply. Therefore, on the authorities cited above, there is a very significant body of federal law to be interpreted and applied that will determine this case, as much or even more than was present in the Supreme Court cases of *Rhine*; *Prytula* and *ITO—International Terminal Operators*, both above, and this Court’s case of *Peter G. White*, above, all of which concluded the Federal Court had jurisdiction. Overall, the federal Special Act plays a predominant role in this case, it is essential to its determination, and provincial law plays only a subsidiary or incidental role.

[43] Windsor submits that this Court’s recent decision in *Harry Sargeant III v. Al-Saleh*, 2014 FCA 302, 26 C.B.R. (6th) 133, is directly on point and supports its position. I disagree. In *Sargeant*, a party asserted an interest in the proceeds of disposition of a ship. However, in order to assert that interest, the party had to bring an application in a provincial superior court to enforce a foreign judgment and then obtain a declaration of entitlement to a constructive trust, both matters of provincial law. In *Sargeant*, provincial law was the dominant body of law needed to determine the proceeding. In the case at bar, provincial law plays only a subsidiary or incidental role.

[44] Therefore, there is a sufficient body of federal law essential to the determination of Canadian Transit’s proceeding and that nourishes the Federal Court’s

fédérale spéciale et sur la question de savoir en quoi consistent ses ouvrages, questions qui n’ont rien à voir avec le droit provincial.

[42] Pour appliquer la doctrine constitutionnelle de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences, la Cour fédérale doit interpréter la portée du règlement de la ville de Windsor ainsi que son objectif sous-jacent. Or, en appliquant ces mêmes doctrines, la Cour fédérale doit interpréter dans la même mesure la Loi fédérale spéciale. Par ailleurs, comme nous le verrons, ces doctrines peuvent elles-mêmes être considérées comme faisant partie du droit fédéral que la Cour fédérale est habilitée à interpréter et à appliquer. Par conséquent, suivant la jurisprudence que nous avons citée, il existe un ensemble considérable de règles de droit fédéral à interpréter et à appliquer pour trancher la présente affaire. Il y en a autant, sinon plus que dans les affaires *Rhine*; *Prytula* et *ITO—International Terminal Operators*, précitées, de la Cour suprême ou dans l’affaire *Peter G. White*, précitée, de notre Cour, dans lesquelles il a été conclu que la Cour fédérale avait compétence. Dans l’ensemble, la Loi fédérale spéciale joue un rôle essentiel pour trancher la présente affaire et la loi provinciale ne joue qu’un rôle accessoire ou complémentaire.

[43] La ville de Windsor soutient que la jurisprudence *Harry Sargeant III c. Al-Saleh*, 2014 CAF 302, de notre Cour, s’applique directement en l’espèce et appuie sa position. Je ne suis pas de cet avis. Dans cette affaire, une partie revendiquait une quote-part dans le produit de la disposition d’un navire. Toutefois, pour pouvoir faire valoir ses droits, elle devait saisir une cour supérieure provinciale d’une demande d’exécution d’un jugement étranger et ensuite obtenir un jugement déclarant son droit à une fiducie constructive, deux questions relevant du droit provincial. Dans l’affaire *Sargeant*, le droit provincial était l’ensemble de règles de droit dominant nécessaire pour trancher le litige. En l’espèce, le droit provincial ne joue qu’un rôle accessoire ou complémentaire.

[44] Par conséquent, il existe un ensemble suffisant de règles de droit fédéral essentielles à la solution de la procédure introduite par Canadian Transit et qui constitue

jurisdiction. The second branch of the *ITO—International Terminal Operators* test is met.

- (3) The federal law must be validly federal under the constitutional division of powers

[45] Under the final branch of the *ITO—International Terminal Operators* test, we must ensure that the Federal Courts will be acting within their constitutional jurisdiction.

[46] The federal Special Act is a valid exercise of federal legislative authority. The federal Parliament has authority over interprovincial works and undertakings and federal corporations: subsections 91(29) and 92(10) of the *Constitution Act, 1867*; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (P.C.) (in which the federal power to incorporate and regulate corporations was first recognized and was held to fall within subsection 91(2) and the federal “Peace, Order and good Government” power). This branch of the test is met.

- F. Does the Federal Court have jurisdiction to make declarations on constitutional matters such as paramourcy and interjurisdictional immunity?

[47] For the reasons set out below, as long as the test in *ITO—International Terminal Operators* is met, the Federal Court has jurisdiction to make declarations in constitutional matters, such as declarations of invalidity or, as sought here, declarations of inoperability and inapplicability based on the doctrines of paramourcy and interjurisdictional immunity.

[48] Above, I mentioned that some commentators have queried the jurisdiction of the Federal Court to make such declarations relying upon a passage in *Northern Telecom*. The passage reads as follows (at page 745):

le fondement de l’attribution de la compétence de la Cour fédérale. Le second volet du critère de la jurisprudence *ITO—International Terminal Operators* est respecté.

- 3) La loi fédérale doit être une loi fédérale valide selon le partage des compétences prévu par la Constitution

[45] Selon le dernier volet du critère de la jurisprudence *ITO—International Terminal Operators*, il faut s’assurer que les Cours fédérales respectent leur compétence constitutionnelle.

[46] La Loi fédérale spéciale constitue une expression valide de la compétence légale fédérale. Le législateur fédéral a compétence sur les travaux interprovinciaux et les sociétés fédérales (paragraphe 91(29) et 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (P.C.) (par cet arrêt, le pouvoir fédéral de constituer et de réglementer des sociétés a été pour la première fois reconnu et a été déclaré relever du paragraphe 91(2) et du pouvoir fédéral en matière « [de] paix, [d’]ordre et [de] bon gouvernement »). Ce volet du critère est donc respecté.

- F. La Cour fédérale a-t-elle compétence pour rendre des jugements déclaratoires sur des questions constitutionnelles telles que la prépondérance et l’exclusivité des compétences?

[47] Par les motifs qui suivent, dès lors que le critère consacré par l’arrêt *ITO—International Terminal Operators* est respecté, la Cour fédérale a compétence pour rendre des jugements déclaratoires en matière constitutionnelle tels que des déclarations d’invalidité ou, comme il est demandé en l’espèce, des jugements déclarant une loi inopérante et inapplicable sur le fondement des doctrines de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences.

[48] J’ai déjà expliqué que la doctrine a parfois recherché si la Cour fédérale a compétence pour rendre de tels jugements déclaratoires en se fondant sur l’extrait suivant de l’arrêt *Northern Telecom*, à la page 745 :

The *Constitution Act, 1867*, as amended, is not of course a “law of Canada” in the sense of the foregoing cases because it was not enacted by the Parliament of Canada. The inherent limitation placed by s. 101 [of the *Constitution Act, 1867*] on the jurisdiction which may be granted to the Federal Court by Parliament therefore might exclude a proceeding founded on the *Constitution Act* [*sic*]. [My emphasis.]

[49] This passage appears after the discussion necessary to determine the specific issues in the case. And it suggests only that the Federal Court *might* not be able to entertain a proceeding concerning constitutional issues. Absent in this passage is any detailed analysis of the Federal Court’s jurisdiction to consider constitutional issues, perhaps because the facts of this case, which took place four years before the constitutional reforms in 1982, did not call for it. In the 1982 constitutional reforms, all of the Acts comprising our Constitution were transformed into laws of Canada: see section 1 of the *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (“enacted for and [having] the force of law in Canada”) and section 52 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Constitution is the “supreme law of Canada”). Finally, while this passage suggests that the Federal Court “might” not be able to consider a proceeding founded on “the *Constitution Act*”, a later passage says something quite different (at page 745): the Federal Court “is competent to decide a question of law, even of a constitutional nature, when that question is raised, as it is in the case at bar, in connection with a proceeding or principal action based on the application of federal law” (my emphasis). In other words, in today’s language, where the Federal Court has jurisdiction under the *ITO—International Terminal Operators* test, the Federal Court can decide a constitutional question.

[50] In light of these considerations, what should now be made of the passage in *Northern Telecom*? Is the Federal Court able to consider the constitutional

La *Loi constitutionnelle de 1867*, et modifications, n’est pas, cela va de soi, une « loi du Canada » dans le sens des exemples qui précèdent parce qu’elle n’a pas été adoptée par le Parlement du Canada. La limite inhérente que l’art. 101 précité [de la *Loi constitutionnelle de 1867*] impose à la compétence que le Parlement peut accorder à la Cour fédérale pourrait donc exclure une procédure fondée sur la *Loi constitutionnelle* [*sic*]. [Non souligné dans l’original.]

[49] Ce passage figure après la discussion à laquelle il fallait procéder pour trancher les questions particulières soulevées dans cette affaire. Par ailleurs, il se borne à dire que la Cour fédérale pourrait ne pas pouvoir instruire une affaire portant sur des questions constitutionnelles. On ne trouve pas dans ce passage d’analyse détaillée de la compétence de la Cour fédérale pour examiner des questions constitutionnelles, peut-être parce que les faits de cette affaire qui se sont produits quatre ans avant les réformes constitutionnelles de 1982 n’appelaient pas une telle analyse. Lors des réformes constitutionnelles de 1982, toutes les lois qui composaient notre Constitution ont été transformées en lois du Canada (voir l’article premier de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (« édictée pour le Canada et y [ayant] force de loi ») et l’article 52 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 Constitution est la « loi suprême du Canada »)). Enfin, bien que ce passage donne à penser que la Cour fédérale « pourrait » ne pas pouvoir examiner une affaire fondée sur la « *Loi constitutionnelle* », un passage ultérieur de la même décision dit quelque chose de tout à fait différent (à la page 745) : la Cour fédérale « est compétente pour se prononcer sur une question de droit, fût-elle de nature constitutionnelle, lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, cette question est soulevée à l’occasion d’un litige ou d’une demande principale fondée sur l’application du droit fédéral » (non souligné dans l’original). En d’autres termes, en langage contemporain, lorsqu’elle a compétence selon le critère consacré par la jurisprudence *ITO—International Terminal Operators*, la Cour fédérale peut trancher une question constitutionnelle.

[50] À la lumière de ces éléments, quelle leçon peut-on maintenant tirer de l’extrait précité de la jurisprudence *Northern Telecom*? La Cour fédérale peut-elle tenir

doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity?

[51] I begin by examining the provenance of these constitutional doctrines. They arise from the concluding words of section 91 of the *Constitution Act, 1867*, and perhaps also the “notwithstanding” clause at the start of section 91 of the *Constitution Act, 1867*, an Act that, as we have seen, is now a law of Canada: *Re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, at pages 1030–1031; *A.H. Boulton Co. Ltd. v. Trusts and Guarantee Co. Ltd.*, [1942] S.C.R. 130, at page 136; Neil Finkelstein, *Laskin’s Canadian Constitutional Law*, 5th ed. (Toronto: Carswell, 1986), at page 263; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. loose-leaf (consulted on 7 April 2015), (Toronto: Carswell, 2007), at page 16-3, footnote 10. The doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity can affect the force of federal legislation, in some circumstances permitting that legislation to be applied according to its terms notwithstanding provincial and municipal laws. As such, these doctrines are intertwined with federal legislative power under section 91 or are “a quality inherent in federal legislative power”: Hogg, above, at page 16-3, footnote 9. Thus, the doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity must themselves be regarded as part of the law of Canada that the Federal Court can interpret and apply.

[52] The purposes of section 101 of the *Constitution Act, 1867*, the constitutional underpinning of the Federal Court, buttress this conclusion. Section 101 exists over and above the power of each individual province to establish and administer provincial superior courts under subsection 92(14). Were it not for Parliament’s ability to create a national court to administer federal laws under section 101, provincial and territorial superior courts, 13 in all, would administer those laws. One jurisdiction’s superior court might disagree with another jurisdiction’s superior court. Perhaps a third or fourth point of view may emerge as other jurisdictions’ superior courts weigh in on the issue. So, for example, in some jurisdictions, a particular expense might be deductible for income tax purposes; in others, not. In some jurisdictions, a federal

compte des doctrines constitutionnelles de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences?

[51] J’examinerai d’abord l’origine des doctrines constitutionnelles en question. Elles tirent leur origine des derniers mots de l’article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ainsi que de la déposition « dérogatoire » que l’on trouve au début de l’article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui, comme nous l’avons vu, fait maintenant partie des lois du Canada (*Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004, aux pages 1030 et 1031; *A.H. Boulton Co. Ltd. v. Trusts and Guarantee Co. Ltd.*, [1942] R.C.S. 130, à la page 136; Neil Finkelstein, *Laskin’s Canadian Constitutional Law*, 5^e éd., Toronto : Carswell, 1986, à la page 263; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., feuilles mobiles (consulté le 7 avril 2015, Toronto : Carswell, 2007, à la page 16-3, note de bas de page 10). Les doctrines de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences peuvent avoir une incidence sur l’application d’une loi fédérale en permettant, dans certains cas, l’application de la loi selon ses dispositions malgré les lois provinciales et municipales incompatibles. Ces doctrines sont donc étroitement liées au pouvoir législatif fédéral prévu à l’article 91 ou [TRADUCTION] « constituent un aspect inhérent du pouvoir législatif fédéral » (Hogg, précité, à la page 16-3, note de bas de page 9). Ainsi, les doctrines de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences doivent elles-mêmes être considérées comme faisant partie des règles de droit canadiennes que la Cour fédérale doit interpréter et appliquer.

[52] Les objectifs de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui constitue le fondement constitutionnel de la Cour fédérale, vont aussi dans le sens de cette conclusion. L’article 101 a préséance sur le pouvoir de chaque province individuelle de créer et d’administrer des cours supérieures en vertu du paragraphe 92(14). Si le Parlement fédéral n’avait pas le pouvoir de créer une cour nationale chargée d’administrer les lois fédérales en vertu de l’article 101, les cours supérieures provinciales et territoriales, qui sont au nombre de 13 en tout, appliqueraient les lois en question. La cour supérieure d’une province ou d’un territoire pourrait être en désaccord avec celle d’une autre province ou d’un autre territoire. On pourrait assister à l’expression d’un troisième, voire d’un quatrième point

administrative tribunal's decision would be binding and in force; in others, not. In some jurisdictions, an illegal strike or lockout in an essential national service might be enjoined; in others, not. Interjurisdictional inconsistency and inequality would prevail, perhaps pleasing forum shoppers, but undermining the workability and unity of the federation.

[53] Section 101 exists to prevent this. It allows the federal Parliament to create federal courts with national jurisdiction to administer federal laws. And Parliament did not wait long after Confederation to create such a court. That court, created at the same time Parliament created the Supreme Court of Canada, was the Exchequer Court of Canada, the predecessor of the Federal Court of Canada, the predecessor of this Court: *The Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11. Parliament intended the Exchequer Court and its successors to be strong national institutions—courts in every sense—able to fulfil the purpose of section 101 by adjudicating federal matters completely and to conclusion: *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; *Hupacasath First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 4, 379 D.L.R. (4th) 737, at paragraphs 52–57; *RBC Life Insurance*, above, at paragraphs 33–36. To achieve that end, the Exchequer Court and its successors must be able to identify the operative and applicable laws before them, even when those laws are affected by paramountcy and interjurisdictional immunity.

de vue, alors que d'autres cours supérieures souhaiteraient s'exprimer sur la même question. Ainsi, dans certaines provinces ou certains territoires, une dépense particulière pourrait être déductible sur le plan fiscal alors que, dans d'autres provinces ou territoires, elle ne le serait pas. Dans certaines provinces ou dans certains territoires, la décision d'un tribunal administratif fédéral serait exécutoire et aurait force obligatoire, mais pas dans d'autres. Dans certaines provinces ou dans certains territoires, une grève ou un lockout illégal dans un service national essentiel pourrait faire l'objet d'une injonction, mais pas dans d'autres. On assisterait alors à une incohérence et une inégalité entre les provinces et les territoires, ce qui ferait peut-être l'affaire des personnes à la recherche du tribunal le plus accommodant, mais nuirait à l'efficacité et à l'unité de la fédération.

[53] L'article 101 vise à empêcher une telle situation. Il permet au Parlement fédéral de créer des tribunaux fédéraux dotés d'une compétence nationale leur permettant d'appliquer les lois fédérales. Le Parlement n'a pas attendu longtemps après la Confédération pour créer une telle cour. Cette cour, qui a été créée au même moment où le Parlement a créé la Cour suprême du Canada, est la Cour de l'Échiquier du Canada, le prédécesseur de la Cour fédérale du Canada, de la Cour fédérale et de notre Cour (*Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, ch. 11). Le législateur fédéral souhaitait que la Cour de l'Échiquier et ses successeurs fussent de solides institutions nationales — des cours de justice au sens fort du terme — et qu'elles fussent en mesure de réaliser les objectifs énoncés à l'article 101 en jugeant les affaires fédérales de façon complète et définitive (*Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *Première Nation des Hupacasath c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 4, aux paragraphes 52 à 57; arrêt *Compagnie d'assurance-vie RBC*, précité, aux paragraphes 33 à 36). Pour atteindre cet objectif, la Cour de l'Échiquier et ses successeurs doivent être en mesure de reconnaître les lois opérantes et applicables qui sont invoquées devant elle, même celles qui sont touchées par la doctrine de la prépondérance et par celle de l'exclusivité des compétences.

[54] Were it otherwise, the purposes section 101 seeks to advance would be frustrated. Suppose that, as here, a party seeks in the Federal Court a declaration of its rights under a federal statute and is met with the argument that the doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity do not apply and so provincial law applies fully to affect those rights. If the Federal Court has no power to deal with paramountcy or interjurisdictional issues, the parties would have to proceed to a provincial superior court and later to provincial appeal courts and ultimately to the Supreme Court for a ruling on those issues, and then, depending on the result, proceed back to the Federal Court. Federal-provincial-federal hopscotching does nothing to further access to justice: *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, at paragraphs 18–19 and 32. Further, over time, provincial superior courts and provincial appellate courts might disagree on the issues of paramountcy or interjurisdictional immunity, spawning the very inconsistency and inequality that section 101 was meant to prevent.

[55] Quite aside from section 101 of the *Constitution Act, 1867*, in my view the Federal Court and its predecessors, the Federal Court of Canada and the Exchequer Court of Canada, have always had the ability to consider constitutional issues of validity, operability and applicability. That ability comes from a more fundamental source.

[56] In 1875, the Exchequer Court of Canada was created. Like all courts, it had to act according to law, interpreting and applying the law. At the time of the Exchequer Court's birth, one law on the books was the *Colonial Laws Validity Act, 1865* (U.K.), 28 & 29 Vict., c. 63. Under section 2 of that Act, all Canadian courts, including the Exchequer Court, had to declare "void and inoperative" any federal or provincial laws inconsistent with those of the Parliament of the United Kingdom, including *The British North America Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]]: see also the discussion in *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at page 746. The Exchequer Court

[54] S'il en était autrement, on ferait échec aux objectifs que l'article 101 vise. Supposons que, comme en l'espèce, une partie demande à la Cour fédérale de prononcer un jugement déclaratoire reconnaissant ses droits en vertu d'une loi fédérale et qu'on lui réponde que la doctrine de la prépondérance et celle de l'exclusivité des compétences ne jouent pas, de sorte que c'est le droit provincial qui s'applique intégralement et qu'il fait échec à ses droits. Si la Cour fédérale n'a pas le pouvoir de se prononcer sur des questions relatives à la prépondérance ou à l'exclusivité des compétences, les parties devront s'adresser à une cour supérieure provinciale et, par la suite, à une cour d'appel provinciale, puis, en fin de compte, à la Cour suprême du Canada pour obtenir une décision sur ces questions pour ensuite, selon le résultat obtenu, revenir devant la Cour fédérale. Ces allers-retours fédéral-provincial-fédéral ne contribuent en rien à l'accès à la justice (*Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, aux paragraphes 18, 19 et 32). De plus, avec le temps, les cours supérieures provinciales et les juridictions d'appel provinciales risquent d'être en désaccord sur les questions de prépondérance et d'exclusivité des compétences, donnant lieu à l'incohérence et aux inégalités mêmes que l'article 101 était censé exclure.

[55] Indépendamment de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, j'estime que la Cour fédérale et ses prédécesseurs, la Cour fédérale du Canada et la Cour de l'Échiquier du Canada, ont toujours eu compétence pour examiner les questions constitutionnelles de validité, d'opérabilité et d'applicabilité. Cette capacité lui vient d'une source plus fondamentale.

[56] En 1875, la Cour de l'Échiquier du Canada fut créée. Comme toutes les cours de justice, elle devait agir conformément à la loi et interpréter et appliquer la loi. Au moment de la naissance de la Cour de l'Échiquier, une des lois en vigueur était la *Colonial Laws Validity Act, 1865* (R.-U.), 28 & 29 Vict., ch. 63. Aux termes de l'article 2 de cette loi, tous les tribunaux canadiens, y compris la Cour de l'Échiquier, devaient déclarer [TRADUCTION] « nulle et inopérante » toute loi fédérale ou provinciale incompatible avec celles du Parlement du Royaume-Uni, y compris l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [R.S.C., 1985, appendice II, n° 5]] (voir également la discussion

recognized this power and understood that in appropriate cases it could decline to apply legislation that conflicted with a law of the Parliament of the United Kingdom: see, e.g., *Algoma Central Railway Co. v. Canada* (1901), 7 Ex. C.R. 239, at pages 254–255, revd on other grounds (1902), 32 S.C.R. 277, affd [1903] A.C. 478 (P.C.). Even before the Exchequer Court came into existence, other Canadian courts regularly exercised the power to declare legislation invalid or inoperative: see, e.g., *The Queen v. Chandler* (1868), 2 Cart. 421 (N.B.S.C.); *Pope v. Griffith* (1872), 2 Cart. 291 (Que. Q.B.); *Ex p. Dansereau* (1875), 2 Cart. 165 (Que. Q.B.), at page 190; *L'Union St. Jacques v. Belisle* (1872), 1 Cart. 72 (Que. Q.B.), revd (1874), L.R. 6 (P.C.). Thus, from the very outset, all Canadian courts, including the Exchequer Court, could measure legislation up against laws of the Parliament of the United Kingdom, including *The British North America Act, 1867*, and determine whether they were invalid or inoperative.

[57] From 1875 to 1982, the doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity developed as part of the jurisprudence under sections 91 and 92 of the *British North America Act, 1867*. For example, as early as 1895, the doctrine of paramountcy was described as being “necessarily implied in our constitutional act”, one that had to be followed under the *Colonial Laws Validity Act, 1865*: *Huson v. Township of South Norwich* (1895), 24 S.C.R. 145, at page 149. These constitutional doctrines became part of the law that all Canadian courts, including the Exchequer Court, were bound to apply.

[58] And so the Exchequer Court did. In one case, it found that provincial water rights legislation, the *Water Clauses Consolidation Act, 1897*, R.S.B.C., c. 190, could not apply to lands owned by the federal Crown that fell under exclusive federal jurisdiction under subsection 91(1A) of the *Constitution Act, 1867*: *Burrard Power Co. Limited et al. v. The King* (1909), 12 Ex. C.R. 295, affd [1910] 43 S.C.R. 27, affd [1911] A.C. 87 (P.C.). In another case, it found that federal legislation,

que l’on trouve dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la page 746). La Cour de l’Échiquier a reconnu ce pouvoir et a conclu que, le cas échéant, elle pouvait refuser d’appliquer une loi qui entrerait en conflit avec une loi du Parlement du Royaume-Uni (voir, par ex., *Algoma Central Railway Co. v. Canada* (1901), 7 R.C. de l’É. 239, aux pages 254 et 255, inf. pour d’autres motifs par (1902), 32 R.C.S. 277, conf. par [1903] A.C. 478 (P.C.)). Même avant que la Cour de l’Échiquier ne voit le jour, d’autres juridictions canadiennes exerçaient régulièrement le pouvoir de déclarer une loi invalide ou inopérante (voir, par ex., *The Queen v. Chandler* (1868), 2 Cart. 421 (C.S. N.-B.); *Pope v. Griffith* (1872), 2 Cart. 291 (B.R. Qué.); *Ex p. Dansereau* (1875), 2 Cart. 165 (B.R. Qué.), à la page 190; *L'Union St. Jacques v. Belisle* (1872), 1 Cart. 72 (B.R. Qué.), inf. par (1874), L.R. 6 (P.C.)). Ainsi, dès le début, tous les tribunaux canadiens, y compris la Cour de l’Échiquier, pouvaient contrôler la validité des lois en fonction de celles du Parlement du Royaume-Uni, et notamment de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867*, et décider si elles étaient invalides ou inopérantes.

[57] Entre 1875 et 1982, les doctrines de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences ont été construites par la jurisprudence relative aux articles 91 et 92 de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867*. Par exemple, dès 1895, la doctrine de la prépondérance a été qualifiée de [TRADUCTION] « nécessairement implicite dans notre loi constitutionnelle » et considérée comme devant être suivie selon la *Colonial Laws Validity Act, 1865* (*Huson v. Township of South Norwich* (1895), 24 R.C.S. 145, à la page 149). Ces doctrines constitutionnelles ont été intégrées aux règles de droit que tous les tribunaux canadiens, y compris la Cour de l’Échiquier, étaient tenus d’appliquer.

[58] C’est ce que la Cour de l’Échiquier a fait. À l’occasion d’une affaire, elle a jugé qu’une loi provinciale sur les droits relatifs à l’eau, la *Water Clauses Consolidation Act, 1897*, R.S.B.C., ch. 190, ne pouvait s’appliquer à des terres appartenant à la Couronne fédérale relevant de la compétence exclusive fédérale prévue au paragraphe 91(1A) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*Burrard Power Co. Limited et al. v. The King* (1909), 12 R.C. de l’É. 295, conf. par [1910] 43 R.C.S. 27,

The Soldier Settlement Act, 1919, S.C. 1919, c. 71, was *intra vires* the federal Parliament and if it conflicted with provincial legislation, it would prevail: *The King v. Powers*, [1923] Ex. C.R. 131, at pages 133–134.

[59] In 1931, the *Colonial Laws Validity Act, 1865* was repealed, allowing federal and provincial laws in Canada to diverge from the laws of the Parliament of the United Kingdom: *Statute of Westminster, 1931*, (U.K.), 22 Geo. V, c. 4 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 27], section 2, now known as the *Constitution Act, 1931*. But the requirement that federal and provincial laws respect the constitutional division of powers in the *British North America Act, 1867* was preserved: *Constitution Act, 1931*, subsection 7(3) and see the discussion in *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at page 835. So from 1931 until the passage of the *Constitution Act, 1982*, the Exchequer Court still had the power—indeed the duty—to enforce the constitutional division of powers in sections 91 and 92 of the *British North America Act, 1867*, including the constitutional doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity.

[60] In 1971, the Exchequer Court of Canada was continued as the Federal Court of Canada and that Court was later continued as the Federal Court and this Court: *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, section 3; *Federal Courts Act*, above, sections 3 and 4 (amended by S.C. 2002, c. 8, section 16). As successor courts, the Federal Court of Canada, the Federal Court and this Court have had what the Exchequer Court has had since its inception in 1875—the power to enforce the constitutional division of powers in sections 91 and 92 of the *British North America Act, 1867* and later the *Constitution Act, 1867*, including the constitutional doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity.

conf. par [1911] A.C. 87 (P.C.)). Dans une autre affaire, elle a conclu qu'une loi fédérale, la *Loi d'établissement de soldats, 1919*, S.C. 1919, ch. 71, relevait de la compétence du Parlement fédéral et qu'en cas de conflit avec une loi provinciale, c'est elle qui avait préséance (*The King v. Powers*, [1923] R.C. de l'É. 131, aux pages 133 et 134).

[59] En 1931, la *Colonial Laws Validity Act, 1865* fut abrogée, permettant ainsi aux lois provinciales et fédérales du Canada de diverger des lois du Parlement du Royaume-Uni (*Statute de Westminster de 1931*, (R.-U.), 22 Geo. V, ch. 4 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 27]), article 2, maintenant appelée *Loi constitutionnelle de 1931*. L'obligation que les lois fédérales et provinciales respectent le partage des compétences constitutionnelles prévu par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* a toutefois été maintenue (paragraphe 7(3) de la *Loi constitutionnelle de 1931*, voir également la discussion à la page 835 du *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753). Ainsi, entre 1931 et l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Cour de l'Échiquier avait encore le pouvoir — en fait, l'obligation — de faire respecter le partage constitutionnel des compétences prévu aux articles 91 et 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, y compris les doctrines constitutionnelles de la prépondérance et de l'exclusivité des compétences.

[60] En 1971, la Cour de l'Échiquier du Canada est devenue la Cour fédérale du Canada, laquelle est par la suite devenue les Cour fédérale et Cour d'appel fédérale (*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10, article 3; *Loi sur les Cours fédérales*, précitée, articles 3 et 4 (modifiée par L.C. 2002, ch. 8, article 16). En tant que cours ayant succédé à la Cour de l'Échiquier, la Cour fédérale du Canada, la Cour fédérale et notre Cour sont investies des mêmes pouvoirs que ceux qui étaient conférés à leur prédécesseure depuis sa création en 1875, en l'occurrence le pouvoir de faire respecter le partage constitutionnel des compétences prévu aux articles 91 et 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* et plus tard de la *Loi constitutionnelle de 1867*, y compris les doctrines constitutionnelles de la prépondérance et de l'exclusivité des compétences.

[61] In 1982, the *Constitution Act, 1982* came into force. It preserved subsection 7(3) of the *Statute of Westminster, 1931* and the requirement that federal and provincial laws respect the constitutional division of powers: see the Schedule to the *Constitution Act, 1982*. But section 52 of the *Constitution Act, 1982* transformed the implied power of courts to determine issues of constitutionality, including the constitutional doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity, into an express power. As the Supreme Court said in *Re Manitoba Language Rights*, above, at page 746, section 52 of the *Constitution Act, 1982* did “not alter the principles which have provided the foundation for judicial review over the years.” It merely confirmed the power that all courts already had. See also *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, at pages 482–483; *Singh v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 185 (C.A.), at paragraphs 14–16.

[62] In several decisions after 1982, the Supreme Court has examined section 52 of the *Constitution Act, 1982*. It has held that any statutorily established adjudicative bodies that have the power to decide questions of law—such as the Federal Courts, the Tax Court of Canada, the provincial courts and even certain administrative decision makers—have the power to determine whether the law before them is inconsistent with the Constitution: *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504. That is so, as long as the statutorily established adjudicative body has subject-matter jurisdiction over the case: *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. So section 52 of the *Constitution Act, 1982* does not expand the subject-matter jurisdiction of the Federal Court.

[61] La *Loi constitutionnelle de 1982* est entrée en vigueur en 1982. Elle a conservé le paragraphe 7(3) du *Statut de Westminster de 1931* et l’obligation que les lois fédérales et provinciales respectent le partage constitutionnel des pouvoirs (voir l’annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*). Mais l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* transformait le pouvoir implicite des tribunaux de trancher les questions constitutionnelles, y compris celles concernant les doctrines de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences, en un pouvoir explicite. Ainsi que la Cour suprême l’a expliqué dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la page 746, l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* « ne modifie pas les principes qui, au cours des années, ont constitué le fondement du contrôle judiciaire »; il confirme simplement le pouvoir que tous les tribunaux possédaient déjà (voir également *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, aux pages 482 et 483; *Singh c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 185 (C.A.), aux paragraphes 14 à 16).

[62] Depuis 1982, la Cour suprême a examiné à plusieurs reprises l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle enseigne que tout organisme juridictionnel constitué par une loi qui est doté du pouvoir de trancher des questions de droit — comme les Cours fédérales, la Cour canadienne de l’impôt, les cours provinciales et même certains décideurs administratifs — a également le pouvoir de décider si la loi sur laquelle il est appelé à se prononcer est incompatible avec la Constitution (*Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504), à condition, bien sûr, que l’organisme juridictionnel créé par une loi ait compétence matérielle sur l’affaire (*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22). L’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n’a pas pour effet d’élargir la portée de la compétence d’attribution de la Cour fédérale.

[63] But where the Federal Court does have subject-matter jurisdiction—both statutory and constitutional jurisdiction under the test in *ITO—International Terminal Operators*, above—it also has the power to make section 52 determinations. Indeed, it has a duty to do so: *Re Manitoba Language Rights*, above, at pages 745–746. Were it otherwise, the Federal Court would have a constitutional jurisdiction narrower than many of the administrative decision makers it reviews—truly an absurd result.

[64] In practice, the ability of the Federal Court and this Court to use section 52 of the *Constitution Act, 1982* where the *ITO—International Terminal Operators* test is met is undoubted. For example, using its declaratory power under section 52, this Court struck down a provision of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 on Charter [*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]] grounds, and its decision did not depend on whether the Charter, Part I of the *Constitution Act, 1982*, was a “law of Canada”: *Del Zotto v. Canada*, [1997] 3 F.C. 40 (C.A.), revd on other grounds, [1999] 1 S.C.R. 3. This Court had a sufficient body of federal law before it, namely the *Income Tax Act* and a federal order and federal *subpoena* issued under it.

[65] The constitutional doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity fit within the section 52 rubric. Where a federal law is on the books and there is provincial law that conflicts with the federal law or invades a supposed federal enclave of jurisdiction, the Federal Court must find that the federal law must prevail over the provincial law—otherwise, using the words of section 52, there would be an inconsistency with the Constitution, namely the proper division of federal and provincial powers under sections 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*.

[63] Mais lorsque la Cour fédérale a effectivement compétence matérielle — tant légale que constitutionnelle selon le critère consacré par la jurisprudence *ITO—International Terminal Operators*, précitée, — elle a également le pouvoir de rendre des décisions fondées sur l’article 52. D’ailleurs elle a l’obligation de le faire (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, aux pages 745 et 746). S’il en était autrement, la Cour fédérale aurait une compétence constitutionnelle plus restreinte que celle de bon nombre des décideurs administratifs dont elle contrôle les décisions, ce qui serait une situation vraiment absurde.

[64] En pratique, la capacité de la Cour fédérale et de notre Cour de recourir à l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* lorsque le critère consacré par la jurisprudence *ITO—International Terminal Operators* est respecté ne fait nul doute. Par exemple, utilisant le pouvoir déclaratoire que lui confère l’article 52, notre Cour a invalidé une des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, pour des motifs fondés sur la Charte [*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^o 44]], et sa décision ne dépendait pas de la question de savoir si la Charte, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, était une « loi du Canada » (*Del Zotto c. Canada*, [1997] 3 C.F. 40 (C.A.), inf. pour d’autres motifs, [1999] 1 R.C.S. 3). Notre Cour disposait d’un ensemble de règles de droit suffisant, à savoir la *Loi de l’impôt sur le revenu*, une ordonnance fédérale et une assignation à comparaître fédérale délivrée en vertu de celle-ci.

[65] Les doctrines constitutionnelles de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences cadrent avec la rubrique de l’article 52. Lorsqu’une loi provinciale entre en conflit avec une loi fédérale qui est en vigueur ou empiète sur une prétendue enclave fédérale de compétence, la Cour fédérale doit conclure que la loi fédérale a préséance sur la loi provinciale, à défaut de quoi, pour reprendre le libellé de l’article 52, il y aurait une incompatibilité avec la Constitution, en l’occurrence avec le partage des pouvoirs fédéraux et provinciaux prévu aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[66] Over and above section 52 of the *Constitution Act, 1982*, is the rule of law, a binding constitutional principle contained in the preamble to Part I of that Act. It requires, among other things, that all courts, including the Federal Court, must act only according to law. Judges, like everyone else, are subject to laws and must follow them: *Re: Resolution to amend the Constitution*, above, at pages 805–806; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paragraphs 71–72 “one law for all”; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at paragraph 10 “the exercise of all public power must find its ultimate source in a legal rule”. Put another way, “[t]he job of judges is to apply the law, not to indulge their personal preferences”: Tom Bingham, *The Rule of Law* (London: Allen Lane (Penguin Books) 2010), at page 51.

[67] In order to act according to law, a court of law—even a statutory court like the Federal Court—must have an implied power to determine the law that is valid, operative, applicable and relevant to the case before it. This is an “immanent attribute” or part of its “essential character”: *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at paragraph 30. Without this power, any court is emasculated, and is not really a court at all: see *MacMillan Bloedel*, above, at paragraphs 30–38, citing with approval Keith Mason, “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1983), 57 *Austl. L. J.* 449, at page 449 and Isaac Hai Jacob, “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, at pages 27–28; see also *RBC Life Insurance*, above, at paragraph 36. This implied power has to include the doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity, matters that affect the operability and applicability of laws.

[68] In light of the foregoing discussion, it is not surprising that there have been many cases where, despite the isolated comment in *Northern Telecom*, above, the

[66] Le principe qui a préséance sur l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* est celui de la primauté du droit. Il s’agit d’un principe constitutionnel obligatoire qui est énoncé dans le préambule de la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il exige notamment que toutes les juridictions, y compris la Cour fédérale, interviennent conformément au droit. Les juges sont, au même titre que quiconque, assujettis aux lois et doivent les suivre (*Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, précité, aux pages 805 et 806; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, aux paragraphes 71 et 72 (« il y a une seule loi pour tous »); *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif à l’indépendance et à l’impartialité des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 10 (« l’exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d’une règle de droit »). En d’autres termes, [TRADUCTION] « le rôle des juges consiste à appliquer la loi et non à donner libre cours à leurs préférences personnelles » (Tom Bingham, *The Rule of Law*, Londres : Allen Lane (Penguin Books), 2010, à la page 51).

[67] Pour agir conformément à la loi, une cour de justice — même une cour créée par la loi comme la Cour fédérale — doit avoir le pouvoir implicite de se prononcer sur le droit valide, applicable et pertinent à l’affaire dont elle est saisie. Il s’agit d’un « attribut immanent » ou un aspect de son « caractère essentiel » (*MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, au paragraphe 30. Sans ce pouvoir, toute juridiction est affaiblie et n’est pas véritablement une juridiction (*MacMillan Bloedel*, précité, aux paragraphes 30 à 38, citant et approuvant Keith Mason, « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1983), 57 *Austl. L.J.* 449, à la page 449 et Isaac Hai Jacob, « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, aux pages 27 et 28; voir également *Compagnie d’assurance-vie RBC*, précité, au paragraphe 36). Ce pouvoir implicite doit englober les doctrines de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences, qui sont des questions qui ont une incidence sur l’applicabilité des lois.

[68] Vu la discussion qui précède, il n’est guère étonnant qu’il existe de nombreuses affaires dans lesquelles, malgré l’observation isolée tirée de l’arrêt *Northern*

Federal Court has had to determine whether a federal law applied to the exclusion of a provincial law in a matter before it. In these cases, the Federal Court interpreted federal and provincial laws, examined whether they conflicted, and decided whether federal law should prevail: see, e.g., *Early Recovered Resources Inc. v. Gulf Log Salvage Co-Operative Assn.*, 2003 FCA 35, [2003] 3 F.C. 447; *Early Recovered Resources Inc. v. British Columbia*, 2005 FC 995, [2006] 1 F.C.R. 187; *Brooks Aviation, Inc. v. Boeing SB-17G*, 2004 FC 710, [2005] 1 F.C.R. 352. In the 2005 *Early Recovered Resources* case, the Court went further and made a declaration in support of its conclusion.

[69] The Supreme Court's decision in *ITO—International Terminal Operators*, above, is itself another illustration of the Federal Court's ability to interpret and apply constitutional doctrines. Under the third branch of the *ITO—International Terminal Operators* test, the Supreme Court requires the Federal Court to engage in division of powers analysis: whether the federal law that nourishes the Federal Court's jurisdiction under the second branch is indeed validly federal under the constitution. In making that assessment, the Federal Court has to draw upon the common law developed in the area of the constitutional division of powers and analyse it.

[70] The matter before us cannot be distinguished from these authorities. Canadian Transit is asking the Federal Court to determine, using common law doctrines developed in the area of the constitutional division of powers, whether the Ambassador Bridge and surrounding properties and facilities that it says are necessary for the bridge are to be regulated by federal law to the exclusion of provincial (municipal) law. Since the Federal Court has statutory jurisdiction and constitutional jurisdiction under the test in *ITO—International Terminal Operators*, it can apply the doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity.

Telecom, précité, la Cour fédérale a été appelée à décider si une loi fédérale jouait à l'exclusion d'une loi provinciale dans l'affaire dont elle était saisie. Dans ces affaires, la Cour fédérale a interprété des lois fédérales et des lois provinciales en se demandant si elles entraient en conflit et si la loi fédérale devait avoir préséance (voir, par. ex., *Early Recovered Resources Inc. c. Gulf Log Salvage Co-Operative Assn.*, 2003 CAF 35, [2003] 3 C.F. 447; *Early Recovered Resources Inc. c. Colombie-Britannique*, 2005 CF 995, [2006] 1 R.C.F. 187; *Brooks Aviation, Inc. c. Boeing SB-17G*, 2004 CF 710, [2005] 1 R.C.F. 352). En 2005, à l'occasion de l'affaire *Early Recovered Resources*, la Cour est allée plus loin et a rendu un jugement déclaratoire qui allait en ce sens.

[69] La jurisprudence *ITO—International Terminal Operators* de la Cour suprême, précitée, illustre elle-même la capacité de la Cour fédérale d'interpréter et d'appliquer les doctrines constitutionnelles. Avec le troisième volet du critère consacré par la jurisprudence *ITO—International Terminal Operators*, la Cour suprême exige que la Cour fédérale se livre à une analyse du partage des pouvoirs et recherche si la loi fédérale qui constitue le fondement de l'attribution de la Cour fédérale selon le second volet du critère constitue effectivement une loi fédérale valide aux termes du partage des pouvoirs prévus par la Constitution. Pour répondre à cette question, la Cour fédérale doit s'inspirer de la common law qui a été élaborée dans le domaine du partage constitutionnel des pouvoirs et elle doit l'analyser.

[70] Il n'y a pas lieu d'opérer une quelconque distinction entre la présente espèce et cette jurisprudence. Canadian Transit demande à la Cour fédérale de décider, en recourant à des doctrines de common law construites dans le domaine du partage constitutionnel des compétences, si le pont Ambassador et les biens-fonds et installations qui l'entourent qui, selon elle, sont nécessaires au pont, doivent être réglementés par la législation fédérale à l'exclusion des lois provinciales (et municipales). Comme la Cour fédérale a, d'après le critère consacré par la jurisprudence *ITO—International Terminal Operators*, compétence selon la loi et la Constitution, elle peut appliquer les doctrines de la prépondérance et de l'exclusivité des compétences.

G. A qualification

[71] Throughout these reasons, I have stated that the Federal Court has jurisdiction to make declarations on constitutional matters such as paramountcy and inter-jurisdictional immunity. But I have qualified that statement with the requirement that the *ITO—International Terminal Operators* test be met. In part, this is because the *ITO—International Terminal Operators* test is used to ensure that the Federal Court has the statutory and constitutional jurisdiction to act. But the qualification is important for another reason.

[72] The doctrine of interjurisdictional immunity, unlike the doctrine of paramountcy, can apply even where there is no federal legislation occupying the field: *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536. So, for example, a party, relying on the federal jurisdictional enclave of aeronautics alone, can invoke the doctrine of interjurisdictional immunity to attack provincial law that trenches upon that enclave. Could that party seek a paragraph 23(c) declaration based on interjurisdictional immunity and section 52 of the *Constitution Act, 1982* concerning the validity of the provincial law in the Federal Court? Would there be sufficient federal law in that circumstance to nourish the Federal Court's jurisdiction under the *ITO—International Terminal Operators* test? The answers to these questions should await full argument in a future case where they arise.

[73] In this case, Canadian Transit—established as a federal corporation under the federal Special Act to pursue federal objects and invoking a federal provision allowing the Federal Court to make declarations concerning federal works and undertakings—has asked the Federal Court what exactly its rights are under the federal Special Act concerning an international bridge, which it says is a federal work or undertaking, federally-regulated, and regulated in substantial part by the federal Special Act. To answer that question, the Federal Court,

G. Une nuance

[71] Dans les présents motifs, j'ai dit que la Cour fédérale avait compétence pour rendre des jugements déclaratoires sur des questions constitutionnelles telles que la prépondérance et l'exclusivité des compétences. J'ai nuancé cette affirmation en précisant qu'il fallait que le critère consacré par la jurisprudence *ITO—International Terminal Operators* soit respecté. Cette exigence tient en partie au fait que ce critère sert à s'assurer que la Cour fédérale a la compétence légale et constitutionnelle d'intervenir. La nuance que j'apporte est toutefois également importante pour une autre raison.

[72] À la différence de la doctrine de la prépondérance, la doctrine de l'exclusivité des compétences peut jouer même lorsqu'il n'y a pas de loi fédérale qui occupe le champ (*Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536). Ainsi, la partie qui se fonde uniquement sur l'enclave fédérale que constitue le domaine de l'aéronautique peut invoquer la doctrine de l'exclusivité des compétences pour contester une loi provinciale qui empiète sur cette enclave. Cette partie pourrait-elle s'adresser à la Cour fédérale pour contester la validité d'une loi provinciale en réclamant, en vertu de l'alinéa 23c), un jugement déclaratoire fondé sur l'exclusivité des compétences et sur l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*? Le droit fédéral sur lequel reposerait l'affaire serait-il suffisant en pareil cas pour conclure à la compétence de la Cour fédérale au sens du critère consacré par la jurisprudence *ITO—International Terminal Operators*? Les réponses à ces trois questions devront attendre un débat en bonne et due forme lors d'un procès à l'occasion duquel elles seraient soulevées.

[73] Dans le cas qui nous occupe, Canadian Transit — qui a été constituée en société fédérale aux termes d'une loi fédérale spéciale en vue de poursuivre des objectifs fédéraux et qui invoque une disposition fédérale permettant à la Cour fédérale de rendre des jugements déclaratoires concernant des ouvrages et des entreprises fédéraux — a demandé à la Cour fédérale de définir avec précision en quoi consistent les droits que lui confère la loi fédérale spéciale en question relativement à un pont international qui constitue, selon elle, un ouvrage fédéral

armed with one of the “laws of Canada”, namely section 52 of the *Constitution Act, 1982*, will draw in large part upon its interpretation of the federal Special Act and section 91 of the *Constitution Act, 1867*, another one of the “laws of Canada”. That particular law of Canada sets out federal powers that, in some circumstances defined in the case law, are given paramount or wholly exclusive status under the doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity. The Federal Court, established to administer federal law, and drawing on implied powers it and its predecessors have had for almost a century-and-a-half to determine the constitutional validity, operability and applicability of laws before it, can apply the doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity. This is a federal matter through and through and the Federal Court can determine it fully.

H. Should Canadian Transit’s application be converted to an action?

[74] Canadian Transit brought its proceeding by way of application. After receiving the judgment of the Federal Court, it realized that it should have proceeded by way of action, not by way of application.

[75] Accordingly, as part of the relief sought in this appeal, Canadian Transit asks this Court for an order converting its application to an action. Attached to Canadian Transit’s notice of appeal in this Court is a draft statement of claim. The draft statement of claim is virtually identical to the notice of application.

[76] Under rule 300 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, applications are reserved for reviews of administrative action and matters required or permitted by an Act of Parliament to be brought by application, motion, originating notice of motion, originating summons or petition or to be determined in a summary way. None of these apply in the present case. So Canadian

réglémenté par le gouvernement fédéral et assujéti en grande partie à la loi fédérale spéciale en question. Pour répondre à cette question, la Cour fédérale, qui peut se fonder sur une « loi du Canada », en l’occurrence l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, puisera sa réponse en grande partie dans son interprétation de la loi fédérale spéciale en question et de l’article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui constitue une autre « loi du Canada ». Cette loi particulière du Canada énumère des pouvoirs fédéraux qui, dans certaines circonstances définies par la jurisprudence, se voient reconnaître préséance ou exclusivité selon les doctrines de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences. La Cour fédérale, dont la mission est d’administrer les lois fédérales et qui peut s’appuyer sur les pouvoirs implicites dont elle et ses prédécesseurs disposent depuis près de 150 ans pour se prononcer sur la constitutionnalité et l’applicabilité des lois qui leur sont soumises, peut appliquer les doctrines de la prépondérance et de l’exclusivité des compétences. Il s’agit d’une question fédérale à part entière et la Cour fédérale peut la trancher sans réserve.

H. La demande de Canadian Transit devrait-elle être convertie en action?

[74] Canadian Transit a introduit la présente instance sous forme de demande. Après avoir reçu le jugement de la Cour fédérale, elle s’est rendu compte qu’elle aurait dû procéder par voie d’action et non par voie de demande.

[75] Par conséquent, au nombre des mesures qu’elle sollicite dans le présent appel, Canadian Transit demande à notre Cour de convertir sa demande en action. Elle a joint à l’avis d’appel qu’elle a soumis à notre Cour un projet de déclaration, lequel est pratiquement identique à son avis de demande.

[76] Aux termes de la règle 300 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [les Règles], les demandes sont réservées au contrôle judiciaire de mesures administratives ainsi qu’aux procédures engagées sous le régime d’une loi fédérale qui en prévoit ou en autorise l’introduction par voie de demande, de requête, d’avis de requête introductif d’instance, d’assignation introductive

Transit is correct that it must convert its application to an action.

[77] In support of the order for conversion, Canadian Transit invokes rule 57: an originating document should not be set aside only on the ground that a different originating document should have been used. Filing the wrong originating document is an irregularity that can be rectified, not a fatal error that brings the proceeding to an end.

[78] Canadian Transit's request for conversion of its pleading is not properly before us and cannot be granted. Section 52 of the *Federal Courts Act*, above, sets out this Court's powers on appeal. Under that section we do not have the power to determine a motion that could have been brought in the Federal Court but was not. Rather, Canadian Transit should seek conversion of its pleading by way of motion in the Federal Court.

[79] Windsor opposes Canadian Transit's request for conversion. It has the right to file evidence responding to Canadian Transit's request for conversion. It cannot do so in the appeal before us. The Federal Court is the proper place for Canadian Transit to bring a motion for conversion and for Windsor to respond.

[80] Therefore, I would not deal with Canadian Transit's request for conversion. Canadian Transit remains free to move for that relief in the Federal Court.

I. Proposed disposition

[81] Therefore, I would order that the appeal be allowed, the judgment dated May 21, 2014 of the Federal Court in file no. T-1699-13 be set aside, and the motion to strike be dismissed.

d'instance ou de pétition ou à un règlement par procédure sommaire. Nul de ces cas ne s'applique en l'espèce. Canadian Transit a donc raison de demander que sa demande soit convertie en action.

[77] À l'appui de sa demande de conversion, Canadian Transit invoque la règle 57 des Règles qui dispose que la Cour ne doit pas annuler un acte introductif d'instance au seul motif que l'instance aurait dû être introduite par un autre acte introductif d'instance. Le fait de ne pas avoir déposé le bon acte introductif d'instance constitue une irrégularité qui peut être corrigée, et non une erreur fatale qui met fin à la procédure.

[78] La demande de conversion présentée par Canadian Transit concernant son acte de procédure ne nous a pas été régulièrement présentée et elle ne peut être accueillie. L'article 52 de la *Loi sur les Cours fédérales*, précité, énumère les pouvoirs conférés à notre Cour en appel. Nous n'avons pas, en vertu de cet article, le pouvoir de trancher une requête qui aurait dû être présentée devant la Cour fédérale, mais ne l'a pas été. Canadian Transit doit donc demander la conversion de son acte de procédure en soumettant sa requête à la Cour fédérale.

[79] La ville de Windsor s'oppose à la requête en conversion de Canadian Transit. Elle a le droit de présenter des éléments de preuve pour répondre à la demande de conversion de Canadian Transit. Elle ne peut toutefois le faire dans le cadre du présent appel. La Cour fédérale est la juridiction devant laquelle Canadian Transit doit présenter sa requête en conversion et devant laquelle la ville de Windsor doit y répondre.

[80] Par conséquent, je ne statuerai pas sur la demande de conversion de Canadian Transit. Il est loisible à Canadian Transit de saisir la Cour fédérale d'une requête en vue d'obtenir cette mesure.

I. Dispositif proposé

[81] Par conséquent, j'accueillerais l'appel, j'annulerais le jugement rendu par la Cour fédérale le 21 mai 2014 dans le dossier T-1699-13 et je rejetterais la requête en radiation.

[82] The parties have agreed that this Court should fix costs. As costs should follow the event, I would award Canadian Transit its costs in the amount of \$5 500 in this Court and \$9 500 in the Federal Court, all inclusive.

DAWSON J.A.: I agree.

SCOTT J.A.: I agree.

[82] Les parties ont convenu que notre Cour devrait fixer les dépens. Comme les dépens doivent suivre l'issue de la cause, j'accorderais à Canadian Transit ses dépens, lesquels sont fixés à 5 500 \$ devant notre Cour et à 9 500 \$ devant la Cour fédérale, tout compris.

LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

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

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.**

ABORIGINAL PEOPLES

LANDS

Appeal, cross-appeal from Federal Court decision (2012 FC 1474) finding Canada failing to fulfil duty to consult with respect to sale of Kapyong Barracks to non-agent Crown corporation — Barracks located on land for which respondents claiming right to purchase in priority to other purchasers — Federal Court finding Canada owed duty to consult four of respondents, Canada failing to fulfil that duty — Federal Court holding two of respondents, Sagkeeng First Nation (Sagkeeng), Sandy Bay Ojibway First Nation (Sandy Bay), not owed duty to consult — That aspect of judgment cross-appealed — Under Treaty No. 1, signed in 1871, certain Manitoba First Nations entitled to 160 acres of land per family of five — Canada failing to fulfil that provision — Not until 1990s that Canada taking concrete steps to remedy breach of Treaty No. 1 — Treaty land entitlement framework agreements (TLEs) entered into between Canada, Manitoba and four respondents — Canada not recognizing land claim of Sagkeeng as that claim outstanding — Canada also rejecting claim of Sandy Bay on basis claim already fulfilled — TLEs with two of respondents, Long Plain First Nation, Swan Lake First Nation, to provide respondents with money to purchase land — TLEs more detailed with respect to two other respondents — In case of Roseau River Anishinabe First Nation, told it could acquire at fair market value land under Canada's administration and control Canada prepared to make available — In case of Peguis First Nation TLE, Peguis can select specified amount of unoccupied provincial land, including surplus federal land — In April 2001, Department of National Defence announcing closing of military base on Kapyong Barracks — Long Plain First Nation expressing interest in Barracks — However, Barracks property classified as "strategic" under Treasury Board policy (TB policy), meaning Barracks property not going to be made available to four respondents on priority basis — As "strategic" property, Canada could assess value of Barracks property and could transfer it to Canada Lands Company, federal non-agent corporation, for disposal to third parties — Treasury Board approving sale of Barracks property to Canada Lands Company — TB policy subsequently amended to include new requirement, i.e. disposal of "strategic" property subject to "assessment of federal and other stakeholder interests" — Whether Federal Court's judgment should stand — Federal Court committing no error in concluding that Canada did not owe duties to Sagkeeng First Nation, Sandy Bay Ojibway First Nation — As to content and scope of Canada's duty to consult with four respondents, TLEs, seen in their proper historical context, revealing genuine, *bona fide* desire, intention, commitment on part of Canada to engage in process to rectify broken promise in Treaty No. 1 over time — Canada thus having to make its intentions concerning its property known to parties which, to its knowledge, have an interest in acquiring the property, provide them relevant information, give them opportunity to make their intentions known, consider their proposals carefully — Given wider context behind TLEs (in particular, their purpose in redressing Canada's broken promise under Treaty No. 1), given larger obligations to act honourably, to deal fairly and to consult with First Nations, silence on issue of consultation in agreements not to be taken as positive statement that consultation in this case with four respondents limited — In these circumstances, Canada's obligation not just to give notice to four respondents about sale of Barracks property — Federal Court thus correct to say that Canada's obligation going beyond minimal level of consultation — In assessing whether to sell land and to whom, Canada must be in close, meaningful communication with four respondents, give them relevant information in timely way, respond to relevant questions, consider carefully their fully-informed concerns, representations, proposals, follow any relevant provisions in TLEs, advise as to ultimate course of action it will adopt and why — In circumstances such as these, as long as consultation meaningful, Canada having no obligation to reach agreement with four respondents — In present instance, Canada not fulfilling duty to consult as defined above for numerous reasons — Among other things, Canada's treatment of concerns raised by respondents falling short of scope of duty to consult — However, contrary to Federal Court, matter not

ABORIGINAL PEOPLES—Concluded

considered “egregious” — Federal Court restraining Canada from selling Barracks property to Canada Lands Company or anyone else until Canada could demonstrate duty to consult fulfilled — No basis in principle or on facts of case for Federal Court to make restraining order, supervision order — With respect to restraining order, one could not say Canada will not obey letter, spirit of Court’s decision — As to supervision order, such orders “a remedy of last resort, to be employed only against governments who have refused to carry out their...responsibilities” — It could not be said Canada has refused its responsibilities herein — Furthermore, respondents not specifically requesting supervision order, nor did Federal Court advise parties it was contemplating such order — Restraining order, supervision order set aside — Appeal allowed in part; cross-appeal dismissed.

CANADA V. LONG PLAIN FIRST NATION (A-34-13, 2015 FCA 177, Stratas J.A., judgment dated August 14, 2015, 53 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.*

PEUPLES AUTOCHTONES

TERRES

Appel et appel incident interjetés à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2012 CF 1474) qui a conclu que le Canada ne s'est pas acquitté de son obligation de consulter relativement à la vente du casernement Kapyong à une société d'État non mandataire — Le casernement est situé sur une terre que les intimées ont prétendu avoir le droit d'acheter en priorité par rapport à d'autres acheteurs — La Cour fédérale a conclu que le Canada avait l'obligation de consulter quatre des intimées et qu'il avait fait défaut de s'acquitter de cette obligation — La Cour fédérale a jugé qu'il n'existait pas d'obligation de consulter à l'égard de deux des intimées, soit la Première nation Sagkeeng (Sagkeeng) et la Première nation Ojibway de Sandy Bay (Sandy Bay) — Ces intimées ont interjeté un appel incident à l'encontre de cet aspect du jugement — Selon le Traité n° 1, signé en 1871, certaines Premières nations du Manitoba avaient droit à 160 acres de terre par famille de cinq — Le Canada a fait défaut de respecter cette disposition — Le Canada n'a pas pris de mesures concrètes en vue de rectifier son manquement à la disposition du Traité n° 1 avant les années 1990 — Le Canada a conclu des ententes sur les droits fonciers issus des traités (EDFIT) avec le Manitoba et quatre des intimées — Le Canada n'a pas reconnu la revendication territoriale de Sagkeeng, car celle-ci n'est toujours pas réglée — Le Canada a également rejeté la revendication de Sandy Bay au motif qu'elle a déjà été réglée — Les EDFIT conclues avec deux des intimées, la Première nation de Long Plain et la Première nation de Swan Lake, prévoient qu'une certaine somme d'argent sera versée aux intimées pour l'achat de terres — Les EDFIT conclues avec deux autres intimées sont plus précises — Dans le cas de la Première nation Anishinabe de Roseau River, l'entente prévoit que celle-ci peut acheter à leur juste valeur marchande des terres administrées et contrôlées par le Canada qu'il est disposé à rendre disponibles — Dans le cas de la EDFIT de la Première nation de Peguis, cette dernière peut sélectionner une superficie donnée de terres de la Couronne provinciale, y compris des terres fédérales excédentaires — En avril 2001, le ministère de la Défense nationale a annoncé la fermeture de la base militaire du casernement Kapyong — La Première nation de Long Plain a exprimé son intérêt à l'égard du casernement — Cependant, le casernement a été classé comme étant « stratégique » en vertu d'une politique du Conseil du Trésor (Politique du CT), ce qui signifiait que le casernement n'était plus offert en priorité aux quatre intimées — À titre de bien « stratégique », le casernement devait être évalué et transféré à la Société immobilière du Canada (SIC), une société d'État non mandataire, en vue de l'aliéner à des tiers — Le Conseil du Trésor a approuvé la vente du casernement à la SIC — La Politique du CT a par la suite été modifiée en vue d'y inclure une nouvelle exigence, soit celle que l'aliénation de biens « stratégique » soit assujettie à « une évaluation exhaustive des intérêts du gouvernement fédéral et des autres intervenants » — Il s'agissait de savoir si la décision de la Cour fédérale devrait être maintenue — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que le Canada n'avait pas d'obligation de consulter envers la Première nation Sagkeeng et la Première nation Ojibway de Sandy Bay — Quant au contenu et la portée de l'obligation du Canada de consulter les quatre intimées, les EDFIT, vues dans leur contexte historique, révèlent un désir, une intention et un engagement authentiques et de bonne foi de la part du Canada de participer au processus visant à rectifier la promesse non respectée du Traité n° 1 au fil du temps — Le Canada devait par conséquent faire connaître ses intentions concernant son bien aux parties qui, à sa connaissance, avaient un intérêt à acquérir ledit bien, leur fournir des renseignements pertinents, leur donner l'occasion de faire connaître leurs intentions et tenir compte soigneusement de leurs propositions — Compte tenu du contexte plus large qui sous-tend les EDFIT (en particulier, leur objectif d'honorer la promesse non tenue du Canada en vertu du Traité n° 1) et étant donné les obligations plus étendues d'agir honorablement, de traiter équitablement et de consulter les Premières Nations, le silence sur la question de la consultation dans les ententes ne devrait pas être considéré comme une déclaration positive que la consultation en l'espèce avec les quatre intimées était limitée — Dans ces circonstances,

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

l'obligation du Canada n'était pas limitée à informer les intimées de la vente du casernement — La Cour fédérale a donc eu raison de dire que l'obligation du Canada allait au-delà du seuil minimal de consultation — Afin de déterminer s'il convient de vendre les terres et à qui, le Canada doit établir une communication étroite et cohérente avec les quatre intimées, leur donner les renseignements pertinents en temps opportun, répondre aux questions pertinentes, examiner attentivement leurs préoccupations, déclarations et propositions bien éclairées, respecter les dispositions pertinentes dans les EDFIT et les informer des mesures finales qu'il entend adopter et les raisons de telles mesures — En pareilles circonstances, tant et aussi longtemps que la consultation demeure valable, le Canada n'a aucune obligation de parvenir à une entente avec les quatre intimées — En l'espèce, le Canada ne s'est pas acquitté de son obligation de consulter définie ci-dessus pour de nombreuses raisons — Entre autres, le traitement réservé par le Canada aux préoccupations soulevées par les intimées n'est pas à la hauteur de l'étendue de l'obligation de consulter — Toutefois, contrairement à ce qu'en a pensé la Cour fédérale, cette attitude ne doit pas être considérée comme « flagrante » — La Cour fédérale a interdit au Canada l'aliénation du casernement à la SIC ou à quelqu'un d'autre jusqu'à ce qu'il puisse respecter son obligation de consulter — Aucun fondement de principe ni rien dans les faits en l'espèce ne justifiait la Cour fédérale de rendre une ordonnance interdisant l'aliénation du casernement et une ordonnance de surveillance — En ce qui concerne l'ordonnance interdisant l'aliénation du casernement, nul ne peut prétendre que le Canada n'obéira pas à la lettre et à l'esprit de la décision de la Cour — Quant à l'ordonnance de surveillance, de telles ordonnances constituent « des mesures de dernier recours, qui doivent être utilisées contre les gouvernements qui refusent d'assumer [...] leurs responsabilités » — Il serait difficile d'affirmer que le Canada a refusé d'assumer ses responsabilités en l'espèce — De plus, les intimées n'ont pas demandé spécifiquement d'ordonnance de surveillance, et la Cour fédérale n'a pas informé les parties qu'elle envisageait de rendre une telle ordonnance — L'ordonnance interdisant l'aliénation du casernement et l'ordonnance de surveillance sont cassées — Appel accueilli en partie; appel incident rejeté.

CANADA C. PREMIÈRE NATION DE LONG PLAIN (A-34-13, 2015 CAF 177, juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 14 août 2015, 53 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