



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2018, Vol. 2, Part 2**

**2018, Vol. 2, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2018] 2 F.C.R., {<sup>229-451</sup><sub>D-1-D-5</sub>

Renvoi [2018] 2 R.C.F., {<sup>229-451</sup><sub>F-1-F-6</sub>

---



## 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

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, MARC A. GIROUX, Commissioner.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2018.

Print	Online
Cat. No. JU1-2-1	Cat. No. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-3713	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.*

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

### 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

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2018.

Imprimé	En ligne
N° de cat. JU1-2-1	N° de cat. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-3713	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'arrêtiſte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.*

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

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.

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.

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

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

## CONTENTS

Judgments .....	229–451
Digests .....	D-1–D-5

### Canada v. Olumide (F.C.A.) ..... 328

Practice—Applications—Vexatious proceedings—Application for order declaring respondent vexatious litigant under *Federal Courts Act*, s. 40, related relief—Matter arising in different proceeding involving same parties, others—Respondent not filing any material on application; not attending court hearing—In past, respondent bringing other matters before Court—Very few applications, motion brought in Court under Act, s. 40; not much said about interpretation thereof—Main issues herein: proper interpretation of Act, s. 40; proceedings that must be taken to declare person vexatious litigant; whether present application should be allowed—Act, s. 40 important tool to be used in appropriate circumstances in timely way—Where litigant's behaviour likely to recur in multiple proceedings, where purposes of s. 40 implicated, Act, s. 40 remedies becoming live—Declaration that litigant vexatious not barring litigant's access to courts but only regulating it—Vexatiousness concept drawing meaning mainly from purposes of Act, s. 40—Other courts previously declaring applicant vexatious litigant—In present circumstances, findings of other courts could be considered, could be given much weight—Respondent not offering any evidence in response to vexatious behaviour in other courts in past, in Federal Court of Appeal—Granting of present application strongly supported by purposes of Act, s. 40—Application granted.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Jugements .....	229–451
Fiches analytiques .....	F-1–F-6

### Canada c. Olumide (C.A.F.) ..... 328

Pratique—Demandes—Instances vexatoires—Demande sollicitant une ordonnance déclarant que le défendeur est un plaideur quérulent, en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur les Cours fédérales*, ainsi que la réparation connexe—L'affaire trouvait son origine dans une autre instance concernant les mêmes parties, parmi d'autres—Le défendeur n'a déposé aucun document dans le cadre de la demande, ni ne s'est présenté à l'audience—La Cour a été saisie d'autres affaires intéressant le défendeur par le passé—Très peu de demandes ou de requêtes fondées sur l'art. 40 de la Loi ont été présentées devant la Cour; la Cour a été avare de commentaires au sujet de l'interprétation de cette disposition—Dans la présente affaire, il s'agissait de déterminer principalement l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 40 de la Loi, l'instance visant à faire déclarer quelqu'un plaideur quérulent, et si la présente demande devrait être accueillie—L'art. 40 de la Loi est un outil important dont il faut se servir dans les circonstances appropriées et en temps voulu—Lorsqu'il est probable que le comportement répréhensible d'un plaideur se reproduise dans plusieurs instances et que l'objet de l'art. 40 de la Loi entre en jeu, les réparations prévues par cet article peuvent être demandées—Un jugement déclarant qu'un plaideur est quérulent n'a pas pour effet de lui barrer l'accès aux tribunaux; il l'assujettit plutôt à un contrôle—La conduite vexatoire est un concept qui tire principalement son sens de l'objet de l'art. 40 de la Loi—D'autres tribunaux ont déclaré le défendeur plaideur quérulent—Dans les circonstances, les conclusions de ces cours de justice pouvaient être prises en compte et se voir accorder beaucoup de poids—Le défendeur n'a produit aucun élément de preuve en réponse aux déclarations passées de conduite vexatoire d'autres tribunaux, dont la Cour d'appel fédérale—L'objet de l'art. 40 de la Loi appuyait fortement l'accueil de la demande en l'espèce—Demande accueillie.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Defence Construction Canada v. Ucanu Manufacturing Corp. (F.C.A.) ..... 269**

Access to Information—Mandatory exemptions from disclosure—Appeal from Federal Court decision holding that certain records sought by respondent under *Access to Information Act* (Act) should be disclosed—Appellant producing records, refusing to disclose others following respondent’s request for information—Relying upon exemptions under Act, ss. 19(1), 20(1)(b)—Federal Court not agreeing that undisclosed records properly exempt pursuant to s. 20(1)(b)—Appellant asserting, for first time before Federal Court, mandatory exemption from disclosure in *Defence Production Act*, s. 30—Federal Court refusing appellant’s request for adjournment to file evidence in support of claim to mandatory exemption, ordering release of records—Whether *Defence Production Act*, s. 30 applying herein if raised at late stage; whether ever too late to assert mandatory exemption in *Access to Information Act* proceedings—*Per* Stratas J.A. (Rennie J.A. concurring): Federal Court’s conclusion preordained by its refusal to grant late request for adjournment—Federal Court bound to allow appellant opportunity to adduce evidence supporting late assertion of mandatory exemption—Dealing with issue without evidence before it—Committing error in principle—Court refraining herein from determining jurisprudential issue—Decisions having to be based on legal principle, doctrine; otherwise legitimately open to attack—Such decision would bind future panels of Court even if misleading—Folly to nibble at jurisprudential issue through one-off rulings—Here, appellant’s interest in confidentiality not known—Matter remitted to Federal Court for redetermination—Appeal allowed—*Per* Boivin J.A. (dissenting): Court cannot intervene, overrule Federal Court order denying appellant’s request for adjournment as that order not appealed, challenged herein—Open to Federal Court to rule upon jurisprudential issue in way it did—Federal Court correctly rejecting contention that government institution may late-claim mandatory exemption under Act, s. 24(1)—Exemptions having to be put before intervener during investigation—Allowing late-claim exemptions would deny requestors benefit of mechanism vested in intervener’s mandate—General principle that mandatory exemptions cannot be late-claimed sound when considering Act’s objective, overall scheme.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Construction de défense Canada c. Ucanu Manufacturing Corp. (C.A.F.) ..... 269**

Accès à l’information—Exceptions obligatoires à la communication—Appel d’une décision de la Cour fédérale statuant que certains documents demandés par l’intimée en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* (la Loi) devraient être divulgués—L’appelante a produit des documents, mais elle a refusé d’en divulguer d’autres à la suite de la demande de renseignements de l’intimée—Elle a invoqué des exceptions prévues aux art. 19(1), 20(1)b) de la Loi—La Cour fédérale n’a pas accepté la conclusion selon laquelle les documents non divulgués pouvaient à juste titre être exclus en vertu de l’art. 20(1)b)—L’appelante a fait valoir pour la première fois devant la Cour fédérale une exception obligatoire à la communication énoncée à l’art. 30 de la *Loi sur la production de défense*—La Cour fédérale a rejeté la demande d’ajournement de l’appelante en vue de produire des éléments de preuve à l’appui de l’allégation d’exception obligatoire et ordonné la communication des documents—Il s’agissait de savoir si 1) l’art. 30 de la *Loi sur la production de défense* s’applique dans la présente affaire s’il est invoqué à une étape tardive; 2) s’il peut être trop tard pour faire valoir une exception obligatoire dans une instance fondée sur la *Loi sur l’accès à l’information*—Le juge Stratas, J.C.A. (le juge Rennie, J.C.A. souscrivant à ses motifs) : La conclusion de la Cour fédérale découlait inévitablement de son refus d’accueillir la requête en ajournement tardive—La Cour fédérale est tenue d’accorder à l’appelante la possibilité de produire des éléments de preuve à l’appui de l’allégation tardive d’exception obligatoire—Elle a traité de la question sans être saisie d’éléments de preuve—Elle a commis une erreur de principe—La Cour s’est abstenue dans la présente affaire de trancher la question de droit—Les décisions doivent être fondées sur des règles de droit et des principes juridiques sinon elles sont légitimement susceptibles d’être contestées—Une telle décision lierait les formations futures de la Cour même si elle est trompeuse—Il serait vain d’aborder la question de droit une petite partie à la fois—Dans la présente affaire, la nature de l’intérêt de l’appelante à maintenir la confidentialité n’était pas connue—L’affaire a été renvoyée à la Cour fédérale pour nouvelle décision—Appel accueilli—Le juge Boivin, J.C.A. (dissident) : La Cour ne peut intervenir et annuler l’ordonnance de la Cour fédérale rejetant la requête en ajournement de l’appelante, car l’ordonnance n’a pas été portée en appel ni contestée en l’espèce—La Cour fédérale pouvait statuer sur la question de droit comme elle l’a fait—Elle a rejeté à juste titre l’affirmation selon laquelle une institution fédérale peut invoquer tardivement une exception obligatoire en vertu de l’art. 24(1) de la Loi—Les exceptions doivent être soumises à l’intervenant au cours de son enquête—Permettre d’invoquer

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Lewis v. Canada (Public safety and Emergency Preparedness) (F.C.A.) . . . . . 229**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Appeal from Federal Court decision dismissing appellant’s application for judicial review of Canada Border Services Agency (CBSA) Inland Enforcement Officer’s decision refusing appellant’s request under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 48 to defer deportation from Canada to Guyana pending determination of application for humanitarian and compassionate (H&C) relief under Act, s. 25, pending a request to re-open appeal before Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board—In decision, Federal Court certifying questions on removals where Aboriginal child involved—Appellant, Canadian permanent resident, Guyanese citizen—Having sole custody of young Canadian daughter member of First Nation—Appellant determined inadmissible for serious criminality—In decision, Enforcement Officer considering impact of removal on appellant’s daughter, noting that authority limited to considering short-term impact of removal on child’s best interests, dismissing concern of importance of child’s maintaining connection with indigenous culture—Federal Court in particular rejecting appellant’s contention that principles set out by Supreme Court of Canada in *R. v. Gladue*, *R. v. Ipeelee*, *R. v. Anderson* should be applied to child’s situation—Whether these principles applying, mutatis mutandis, to removals under Act, s. 48 such that full consideration of impact on Aboriginal child of removal from Canada of non-citizen custodial parent prior to execution of removal order must be made; whether Supreme Court of Canada decision in *Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)* or other instruments mandating that more fulsome analysis of best interests of affected children be undertaken by enforcement officers than has been previously required; whether Enforcement Officer’s decision reasonable—Mere fact H&C application made shortly before removal date not meaning that deferral under Act, s. 48 warranted—Nor is enforcement officer entitled to engage in full-blown analysis of best interests of such children but may look at short-term best interests of children whose parent(s) being removed from Canada—With respect to *Kanthasamy*, decision not requiring that full-blown best interests of child analysis be undertaken before child’s parent(s) may be removed from Canada—As for requirements of Act, s. 3(3)(f), United Nations *Convention on the Rights of the*

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

tardivement des exceptions priverait les demandeurs du bénéfice du mécanisme prévu dans le mandat de l’intervenant—Si l’on prend en considération l’objet de la Loi et son économie générale, le principe général voulant que l’on ne puisse pas faire valoir tardivement des exceptions obligatoires est bien fondé.

### **Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.A.F.) . . . . . 229**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant la demande présentée par l’appellant en contrôle judiciaire de la décision d’une agente d’exécution de la loi dans les bureaux intérieurs de l’Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) de refuser d’accéder à la demande que l’appellant a présentée en vertu de l’art. 48 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, de reporter son renvoi du Canada vers le Guyana jusqu’à ce qu’il soit statué sur sa demande présentée pour des motifs d’ordre humanitaire en vertu de l’art. 25 et dans l’attente d’une décision concernant une demande de réouverture d’un appel devant la Section d’appel de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié—Dans le cadre de sa décision, la Cour fédérale a certifié des questions portant sur les renvois mettant en cause un enfant autochtone—L’appellant est résident permanent du Canada et citoyen du Guyana—Il a la garde exclusive de sa fillette canadienne, qui est membre d’une Première nation—L’appellant a été déclaré interdit de territoire pour grande criminalité—Dans le cadre de sa décision, l’agente d’exécution a examiné les répercussions du renvoi pour la fille de l’appellant, notant que son pouvoir se limitait à l’examen de l’incidence à court terme du renvoi sur l’intérêt supérieur de l’enfant, et rejetant la préoccupation quant à l’importance que revêt pour l’enfant le maintien d’un lien avec sa culture autochtone—La Cour fédérale a rejeté la thèse de l’appellant voulant que doivent s’appliquer à la situation de l’enfant les principes établis par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *R. c. Gladue*, *R. c. Ipeelee* et *R. c. Anderson*—Il s’agissait de savoir si ces principes s’appliquaient, avec les adaptations nécessaires, aux renvois prévus à l’art. 48 de la Loi, de sorte qu’il y avait lieu de tenir pleinement compte des conséquences sur l’enfant autochtone du renvoi du Canada du parent non citoyen ayant la garde avant l’exécution de la mesure de renvoi; si la décision de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* ou d’autres instruments appellent, de la part des agents d’exécution, une analyse de l’intérêt supérieur des enfants touchés plus approfondie qu’auparavant; et si la décision de l’agente d’exécution était raisonnable—Le simple fait qu’une demande pour des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

*Child*, Convention not prescribing that best interests of child to be priority consideration for all administrative decision makers tasked with making decisions potentially impacting children—In present case, Enforcement Officer had to be alert, alive, sensitive to child's connection to indigenous roots, required to give them brief reasonable consideration—Respecting reasonability of Enforcement Officer's decision, assumption that child could return to Canada pure speculation; therefore, unreasonable—Incumbent on Enforcement Officer to assess whether daughter could maintain connection with indigenous roots during period of requested deferral if daughter to accompany appellant to Guyana—But here, no realistic basis for making such conclusion—Thus, Enforcement Officer's decision unreasonable, set aside—Appeal allowed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—In appeal from Federal Court decision dismissing appellant's application for judicial review of Canada Border Services Agency Inland Enforcement Officer's decision refusing to defer appellant's deportation from Canada to Guyana, Federal Court examining Charter issue—Holding in particular that nothing in child's aboriginal status would give rise to protected interest under Charter, s. 7 especially since no order existing that daughter be removed from Canada—Whether Charter, s. 7 mandating *R. v. Gladue*-like consideration of impact of removal of Aboriginal child's custodial parent prior to execution of removal order—Charter, s. 7 not preventing removal of non-citizens from Canada if persons being removed, upon return to country of origin, not facing risks qualifying for protection under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 97—Because appellant would not face any such risk, appellant's Charter, s. 7 rights not impacted by removal order—Nor were s. 7 rights of appellant's child impacted—Child's indigenous heritage not mandating different conclusion, not

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

motifs d'ordre humanitaire a été faite peu avant la date butoir ne signifiait pas que le report de la mesure prévue à l'art. 48 de la Loi était justifié—L'agent d'exécution n'est pas habilité non plus à se livrer à une véritable analyse de l'intérêt supérieur de ces enfants, mais il peut se livrer à une étude de l'intérêt supérieur, à court terme, de l'enfant qui pourrait être touché par le renvoi de ses parents du Canada—En ce qui concerne la jurisprudence *Kanthasamy*, cette décision n'exige pas qu'une véritable analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant soit entreprise avant qu'un parent de l'enfant puisse être renvoyé du Canada—Quant aux exigences de l'art. 3(3)f) de la Loi et de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, la Convention ne prescrit pas que l'intérêt supérieur de l'enfant doive être la priorité de tous les décideurs administratifs chargés de prendre des décisions qui pourraient avoir des répercussions sur les enfants—Dans la présente affaire, l'agente d'exécution devait être réceptive, attentive et sensible aux racines autochtones de l'enfant et était tenue de leur consacrer une brève considération raisonnable—En ce qui concerne le caractère raisonnable de la décision de l'agente d'exécution, l'hypothèse voulant que l'enfant puisse revenir au Canada n'était que pure conjecture et donc déraisonnable—Il incombait à l'agente d'exécution d'apprécier si l'enfant pouvait maintenir un lien avec ses racines autochtones pendant la période visée par la demande de report si elle accompagnait l'appelant au Guyana—Mais dans la présente affaire, elle ne disposait d'aucun élément en fonction duquel elle pouvait raisonnablement tirer cette conclusion—La décision de l'agente d'exécution était donc déraisonnable et a été annulée—Appel accueilli.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—En appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande présentée par l'appelant en contrôle judiciaire de la décision d'une agente d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs de l'Agence des services frontaliers du Canada de refuser de reporter le renvoi de l'appelant du Canada vers le Guyana, la Cour fédérale a examiné une question relative à la Charte—Elle a conclu en particulier que le statut autochtone de l'enfant ne mettait en jeu aucun intérêt protégé par l'art. 7 de la Charte, notamment du fait qu'elle n'était pas visée par une mesure de renvoi du Canada—L'art. 7 de la Charte exige-t-il qu'il soit tenu compte, à l'instar de l'arrêt *Gladue*, des conséquences du renvoi du parent ayant la garde de l'enfant autochtone avant l'exécution de la mesure du renvoi?—L'art. 7 de la Charte ne fait pas obstacle au renvoi du Canada des non-citoyens si ces personnes ne sont pas exposées dans leur pays d'origine à des risques qui les rendraient admissibles à la protection que prévoit l'art. 97—Puisque l'appelant ne serait pas exposé à de tels risques, les droits qu'il tire de l'art. 7 de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

giving rise to Charter-protected interest preventing appellant's removal—Matter not changed by invocation of *Gladue* principles.

### **Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.A.) ..... 344**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Security Certificate—Appeals from Federal Court decisions upholding reasonableness of security certificate stating appellant not admissible due to security grounds, refusing to grant appellant's request proceedings be stayed on account of abuse of process—Investigation leading to issuance of security certificate against appellant, Egyptian national—Federal Court determining that certificate reasonable—Finding reasonable grounds to believe that two inadmissibility grounds present, i.e. *Immigration and Refugee Protection Act* (Act), ss. 34(1)(d),(f)—Appellant submitting that certificate not reasonable—In particular, submitting, *inter alia*, that Federal Court applying too broad a definition of “membership” for purposes of Act, s. 34(1)(f), that there must be evidence of “intention to participate or contribute” to an organization—Whether Act, ss. 33, 34 and Division 9, as well as An Act to amend the *Immigration and Refugee Protection Act* (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act, ss. 4, 6, 7(3) breaching *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7 by denying appellant's right to fair hearing—Formal membership in terrorist organization not required—Certain activities that materially support terrorist group's objectives can be evidence of membership—Act, s. 34(1)(f) not specifying mental element that must be satisfied for membership—Merely setting out status of membership—Appellant's lack of credibility one of many elements underscoring reasonableness of certificate—Open to Federal Court to find that intercepted conversation containing admission of membership—Membership in one terrorist organization enough to uphold reasonableness of certificate—Standard for assessing security certificate “reasonable grounds to believe” that security grounds for inadmissibility present—Federal Court's conclusions impeccably sourced, well-supported by admissible, considerable evidence—No basis for intervening with Federal Court's decision on issue of appellant's constitutional challenge—Question certified by Federal Court proper, not foreclosed by *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*—While Act, s. 77 not giving respondent ministers untrammelled discretion, not necessary for ministers to have reviewed all information to satisfy themselves certificate reasonable before signing it—

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

la Charte n'ont pas été enfreints par la mesure de renvoi—Les droits que son enfant puise dans l'art. 7 ne seraient pas non plus touchés—L'ascendance autochtone de l'enfant n'imposait pas une conclusion différente, ni ne faisait intervenir un droit protégé par la Charte faisant obstacle au renvoi de l'appelant—La doctrine *Gladue* n'y changeaient rien.

### **Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.A.F.) ..... 344**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Certificat de sécurité—Appels de décisions dans lesquelles la Cour fédérale a maintenu le caractère raisonnable du certificat de sécurité déclarant l'appelant interdit de territoire pour des raisons de sécurité et refusé de faire droit à la demande de l'appelant de suspendre l'instance pour abus de procédure—Une enquête a mené à la délivrance d'un certificat de sécurité contre l'appelant, un ressortissant égyptien—La Cour fédérale a conclu que le certificat était raisonnable—Elle a conclu qu'il existait des motifs raisonnables de croire que deux motifs d'interdiction de territoire étaient présents, à savoir les art. 34(1)d) et f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi)—L'appelant a fait valoir que le certificat n'était pas raisonnable—Plus particulièrement, il a soutenu notamment que la Cour fédérale a appliqué une trop vaste définition du terme « membre » aux fins de l'art. 34(1)f) de la Loi, qu'il doit exister des éléments de preuve d'une « intention de participer ou de contribuer » à une organisation—Il s'agissait principalement de déterminer si les art. 33 et 34 et la section 9 de la Loi ainsi que les art. 4, 6 et 7(3) de la Loi modifiant la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence contreviennent à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en refusant à l'appelant le droit à une audience équitable—Le titre de membre officiel d'une organisation terroriste n'est pas requis—Certaines activités qui appuient de façon importante les objectifs d'un groupe terroriste peuvent constituer une preuve d'appartenance—L'art. 34(1)f) de la Loi ne précise pas un élément mental qui doit être satisfait pour être membre—Il ne fait qu'exposer le statut de membre—Le manque de crédibilité de l'appelant était l'un des nombreux éléments soulignant le caractère raisonnable du certificat—Il était loisible à la Cour fédérale de conclure que la conversation interceptée comportait une admission d'appartenance—L'appartenance à une organisation terroriste suffit pour maintenir le caractère raisonnable du certificat—La norme d'appréciation du certificat de sécurité est celle d'avoir des « motifs raisonnables de croire » que les motifs liés à la sécurité concernant l'interdiction de territoire sont présents—Les sources des conclusions de la Cour fédérale étaient parfaitement établies et les

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

Otherwise, subsequent review of its reasonableness by Federal Court would be somewhat redundant—No necessary relationship between information disclosed under Act, s. 77(2), information needed by ministers before considering whether to sign certificate—Ministers' opinion having to be sufficiently well founded through cogent, credible evidence—This threshold met herein—Appellant not entitled to bring judicial review against issuance of certificate—Automatic referral of certificate to Federal Court for assessment of its reasonableness ousting judicial review, taking its place—Canadian Security Intelligence Service not owing duty of candour to ministers—Reasonableness of security certificate confirmed by evidence—Legislative regime concerning security certificates constitutional—Security certificate proceedings fundamentally fair—Proceedings properly running their course to final decision on merits—As result, security certificate herein continuing to be conclusive proof that appellant inadmissible, continuing to be removal order—Appeals dismissed.

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Federal Court upholding reasonableness of security certificate stating that appellant not admissible due to security grounds, refusing to grant appellant's request that proceedings be stayed on account of abuse of process—Appellant submitting, *inter alia*, that Federal Court erring in identifying legal standard for reasonableness—Federal Court properly identifying standard to be applied in determining reasonableness of certificate—Federal Court's fact-finding, factually suffused application of legal standards to the facts herein could only be reviewed for palpable, overriding error—"Palpable" meaning obvious error—"Overriding" meaning error affecting outcome of case—Not mentioning evidence in reasons not necessarily palpable, overriding error.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

conclusions étaient bien étayées par des éléments de preuve admissibles souvent très nombreux—Il n'y avait aucune raison d'intervenir dans la décision de la Cour fédérale sur la question de la contestation constitutionnelle de l'appelant—La question certifiée par la Cour fédérale était appropriée et elle n'était pas supplantée par l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*—L'art. 77 ne donne pas aux ministres intimés un pouvoir discrétionnaire absolu, mais il n'est pas nécessaire pour les ministres d'examiner la totalité des renseignements et d'être convaincus qu'un certificat est raisonnable avant de le signer—Si telle était la norme, l'appréciation subséquente par la Cour fédérale du caractère raisonnable du certificat de sécurité serait en quelque sorte redondante—Il n'existe aucun lien nécessaire entre les renseignements divulgués en vertu de l'art. 77(2) de la Loi et les renseignements dont les ministres doivent disposer au moment de décider s'ils signent un certificat—L'opinion des ministres doit être suffisamment bien fondée sur des éléments de preuve convaincants et crédibles—En l'espèce, ce critère minimum a été satisfait—L'appelant n'avait pas droit à un contrôle judiciaire à l'encontre de la délivrance du certificat—À sa place, il y a un renvoi automatique du certificat à la Cour fédérale pour une évaluation de son caractère raisonnable qui fait échec au contrôle judiciaire—Le Service canadien du renseignement de sécurité n'a pas d'obligation de franchise aux ministres—Le caractère raisonnable du certificat de sécurité a été confirmé par la preuve—Le régime législatif concernant les certificats de sécurité est constitutionnel—L'instance concernant le certificat de sécurité était fondamentalement juste—Elle a suivi son cours jusqu'à la décision finale statuant sur le fond—En conséquence, le certificat de sécurité a continué d'être une preuve concluante que l'appelant est interdit de territoire, et a continué d'être une mesure de renvoi—Appels rejetés.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle judiciaire—La Cour fédérale a maintenu le caractère raisonnable du certificat de sécurité déclarant l'appelant interdit de territoire pour des raisons de sécurité et refusé de faire droit à la demande de l'appelant de suspendre l'instance pour abus de procédure—L'appelant a soutenu notamment que la Cour fédérale a commis une erreur en déterminant la norme juridique requise eu égard au caractère raisonnable—La Cour fédérale a correctement déterminé la norme à appliquer pour décider du caractère raisonnable du certificat—La recherche de faits de la Cour fédérale et son application axée sur les faits des normes juridiques aux faits ne pouvaient être assujetties qu'à la norme de l'erreur manifeste et dominante—Par erreur « manifeste », on entend une erreur évidente—Par erreur « dominante », on entend une erreur qui a une incidence déterminante sur l'issue de l'affaire—Une non-mention des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Federal Court upholding reasonableness of security certificate stating appellant not admissible due to security grounds, refusing to grant appellant’s request proceedings be stayed on account of abuse of process—Power under *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act), s. 12 not untrammelled—S. 12 neither vague nor overbroad, limited by CSIS Act, s. 2—Federal Court not erring in assessing constitutionality of s. 12, related warrant provisions—CSIS Act, ss. 21-24 not invalid—Intelligence-sharing scheme under CSIS Act, s. 17, subject to safeguards, oversight—Not resulting, in principle or on facts of case, in unreasonable searches in violation of Charter—No authority supporting proposition that state authorities cannot speak to appellant—Finding by Federal Court that appellant’s rights respected in interviews not vitiated by palpable, overriding error.

Constitutional Law—Charter of Rights—Unreasonable Search or Seizure—Federal Court upholding reasonableness of security certificate stating appellant not admissible due to security grounds, refusing to grant appellant’s request proceedings be stayed on account of abuse of process—Appellant challenging constitutionality of *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act)—Power under CSIS Act, s. 12 not untrammelled—S. 12 neither vague nor overbroad, limited by CSIS Act, s. 2—Federal Court not erring in assessing constitutionality of s. 12—To extent CSIS Act, ss. 21-24 improperly used, question to be resolved whether warrant issued valid—Provisions themselves not invalid—Intelligence-sharing scheme under CSIS Act, s. 17 not resulting, in principle or on facts of case, in unreasonable searches in violation of Charter—Solicitor-client communications interceptions inevitable, conducted in good faith—No evidence suggesting such intercepted information used.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

éléments de preuve dans les motifs ne mène pas nécessairement à une conclusion d’erreur manifeste et dominante.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—La Cour fédérale a maintenu le caractère raisonnable du certificat de sécurité déclarant l’appelant interdit de territoire pour des raisons de sécurité et refusé de faire droit à la demande de l’appelant de suspendre l’instance pour abus de procédure—Le pouvoir prévu à l’art. 12 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi sur le SCRS) n’est pas absolu—L’art. 12 n’est ni imprécis ni trop large dans sa portée, et il est limité par l’art. 2 de la Loi sur le SCRS—La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en appréciant la constitutionnalité de l’art. 12 et des dispositions connexes sur les mandats—Les art. 21 à 24 de la Loi sur le SCRS ne sont pas invalides—Le régime d’échange de renseignements en vertu de l’art. 17 de la Loi sur le SCRS est assujéti à des mesures de protection et à une surveillance—Il n’a pas donné lieu en principe ou dans les faits de l’espèce à des fouilles abusives en violation de la Charte—Aucun pouvoir n’étaye la proposition selon laquelle les autorités gouvernementales ne peuvent pas parler à l’appelant—La conclusion de la Cour fédérale selon laquelle les droits de l’appelant ont été respectés lors des entrevues n’était pas viciée par une erreur manifeste et dominante.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Fouilles, perquisitions ou saisies abusives—La Cour fédérale a maintenu le caractère raisonnable du certificat de sécurité déclarant l’appelant interdit de territoire pour des raisons de sécurité et refusé de faire droit à la demande de l’appelant de suspendre l’instance pour abus de procédure—L’appelant a contesté la constitutionnalité de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi sur le SCRS)—Le pouvoir prévu à l’art. 12 de la Loi sur le SCRS n’est pas absolu—L’art. 12 n’est ni imprécis ni trop large dans sa portée, et il est limité par l’art. 2 de la Loi sur le SCRS—La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en appréciant la constitutionnalité de l’art. 12—Dans la mesure où les art. 21 à 24 de la Loi sur le SCRS ont été utilisés de façon irrégulière, il s’agit d’une question concernant la validité du mandat délivré—Les articles eux-mêmes ne sont pas invalides—Le régime d’échange de renseignements en vertu de l’art. 17 de la Loi sur le SCRS ne donne pas lieu en principe ou dans les faits de l’espèce à des fouilles abusives en violation de la Charte—Les interceptions de communications entre l’avocat et son client étaient inévitables et ont été réalisées de bonne foi—Il n’existait aucun élément de preuve qui laisse entendre que les renseignements interceptés ont été utilisés.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Practice—Stay of proceedings—Federal Court upholding reasonableness of security certificate stating appellant not admissible due to security grounds, refusing to grant appellant’s request proceedings be stayed on account of abuse of process—No basis in law or in fact herein for award of permanent stay of proceedings—Such a stay warranted only in “clearest of cases”—Balance between permanent stay of proceedings, societal needs required—Stay warranted only where former disproportional to latter—Outcome of balancing having to show that public, individual interest in permanent stay of proceedings disproportionately greater than public interest in decision on merits—Federal Court applying test more favourable to appellant than warranted in law—Still finding security certificate proceedings should not be stayed permanently—Appellant not succeeding in demonstrating palpable, overriding error in Federal Court’s finding that stay of proceeding not warranted.

Evidence—Federal Court upholding reasonableness of security certificate stating appellant not admissible due to security grounds, refusing to grant appellant’s request that proceedings be stayed on account of abuse of process—No error of law or palpable, overriding error in Federal Court’s consideration of evidence under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 83(1)(h)—Federal Court appropriately cautious in assessing evidence herein—Traditional rules of evidence not to be disregarded in their entirety under s. 83(1)(h)—Federal Court bound by standards of reliability, fairness—Test used by Federal Court for unsourced evidence under Act, s. 83(1.1) correct, respecting principles of reliable evidence—Regarding use of information derived from torture or cruel, inhuman, degrading treatment, approach applied by Federal Court consistent with case law, operative provisions.

### **Montminy v. Canada (F.C.A.) . . . . . 297**

Income Tax—Income Calculation—Deductions—Consolidated appeals from Tax Court of Canada (T.C.C.) judgments confirming notices of assessment issued against appellants, which disallowed deduction appellants claimed

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Pratique—Suspension d’instance—La Cour fédérale a maintenu le caractère raisonnable du certificat de sécurité déclarant l’appellant interdit de territoire pour des raisons de sécurité et refusé de faire droit à la demande de l’appellant de suspendre l’instance pour abus de procédure—Il n’existait aucun fondement en droit ou dans les faits pour accorder un arrêt permanent des procédures—Un tel arrêt est justifié uniquement dans les « cas les plus manifestes »—Il doit y avoir une mise en balance de l’arrêt permanent des procédures et des besoins de la société—L’arrêt des procédures est justifié uniquement lorsque le premier est disproportionné par rapport aux deuxièmes—L’issue de la mise en balance doit montrer que l’intérêt public et l’intérêt individuel dans un arrêt permanent des procédures est plus grand de façon disproportionnée que l’intérêt public dans une décision sur le fond—La Cour fédérale a appliqué un critère qui était plus favorable à l’appellant que ne le justifiait le droit—Elle a quand même conclu que l’instance concernant le certificat de sécurité ne devrait pas être suspendue de façon permanente—L’appellant n’a pas réussi à établir que la Cour fédérale avait commis une erreur manifeste et dominante lorsqu’elle a dit que l’arrêt des procédures n’était pas justifié.

Preuve—La Cour fédérale a maintenu le caractère raisonnable du certificat de sécurité déclarant l’appellant interdit de territoire pour des raisons de sécurité et refusé de faire droit à la demande de l’appellant de suspendre l’instance pour abus de procédure—Il n’y a eu aucune erreur de droit ou erreur manifeste et dominante dans l’examen qu’a fait la Cour fédérale des éléments de preuve en vertu de l’art. 83(1)(h) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—La Cour fédérale a fait preuve de prudence dans l’évaluation des éléments de preuve dans la présente affaire—Les règles de preuve classiques ne doivent pas être écartées dans leur intégralité en vertu de l’art. 83(1)(h)—La Cour fédérale est liée par le critère des éléments dignes de foi et de l’équité—Le critère utilisé par la Cour fédérale concernant les éléments de preuve de source inconnue en vertu de l’art. 83(1.1) de la Loi était correct et respectait les principes de ce qui constitue des éléments de preuve dignes de foi—En ce qui concerne l’utilisation de renseignements obtenus par la torture ou des traitements cruels, inhumains et dégradants, l’approche adoptée par la Cour fédérale était conforme à la jurisprudence et au texte des dispositions opérantes.

### **Montminy c. Canada . . . . . 297**

Impôt sur le revenu—Calcul du revenu—Déductions—Appels consolidés à l’encontre de jugements dans lesquels la Cour canadienne de l’impôt (C.C.I.) a confirmé les avis de cotisation établis à l’égard des appelants, dans lesquels

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

for 2007 taxation year under *Income Tax Act*, s. 110(1)(d) following sale of shares issued by their employer under stock option plan—T.C.C. concluding that appellants not having incurred, with regard to shares sold, necessary risk to be entitled to deduction claimed—Appellants granted stock options for shares of Canadian-controlled private corporation (CCPC) – After exercising stock options, declaring taxable benefit, claiming deduction equal to 50 percent of taxable benefit—Minister of National Revenue reassessing against appellants, disallowing deduction claimed—Appellants arguing that T.C.C. neglecting to consider risk incurred while they held options, that *Income Tax Regulations* (Regulations), s. 6204(1)(b) anti-avoidance provision—Whether T.C.C., in concluding that appellants not having incurred, with regard to shares sold, necessary risk to be entitled to deduction claimed, neglected to consider risk they incurred while they held stock options—T.C.C. conducting textual, contextual analysis of provisions in question—T.C.C.’s textual analysis leading to conclusion that no logical connection between Regulations, ss. 6204(1)(b), 6204(2)(c) such that exception provided in s. 6204(2)(c) would not allow for requirements set out in first to be disregarded—T.C.C.’s conclusion going against language of s. 6204(2)(c) since paragraph must apply without reference to obligation to redeem—T.C.C. not considering logical connection between two paragraphs through s. 6204(1)(a)(iv), which connection clear if s. 6204(1)(b) anti-avoidance provision intended to ensure full compliance with s. 6204(1)(a)(iv)—Anti-avoidance purpose of Regulations, s. 6204(1)(b) allowing for reading of s. 6204(2)(c) in line with wording thereof—As for T.C.C.’s contextual analysis, T.C.C. correctly stating policy objective of s. 6204(1)(b) but neglecting to consider risk incurred by appellants while they held their options, period that also had to be considered to determine whether appellants meeting Parliament’s requirements therein—Act, s. 110(1)(d) applying to shares issued by both CCPC or public corporation, addressing issue of risk differently than s. 110(1)(d.1) in that allowing for 50 percent deduction by reference to features relating to type of share in issue, exercise price of the option—Fact appellants exposed to risk from when options granted, that shares at issue prescribed shares explaining in particular why appellants could have claimed 50 percent deduction if they had sold options to Cybectec instead of exercising them, having shares redeemed—Clearly, favourable treatment would not be warranted if appellants not meeting risk requirement—For purposes of Act, s. 110(1)(d), not imposition of holding period that ensures existence of risk element but particular characteristics of prescribed share, minimum price at which option must be exercised—However, T.C.C. reaching opposite conclusion—Regulations, s. 6204(1)(b) must be read

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

la déduction réclamée par les appelants pour l’année d’imposition 2007 a été refusée en vertu de l’art. 110(1)d) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, à la suite de la vente d’actions émises par leur employeur dans le cadre d’un régime d’option d’achat d’actions—La C.C.I. a conclu que les appelants n’avaient pas encouru, à l’égard des actions vendues, le risque nécessaire pour avoir droit à la déduction réclamée—Les appelants avaient obtenu des options d’achat d’actions d’une société privée sous contrôle canadien (SPCC)—Après avoir exercé les options d’achat d’actions, ils ont déclaré un avantage imposable et ont réclamé une déduction égale à 50 p. 100 de l’avantage imposable—La ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation à l’encontre des appelants et a refusé la déduction réclamée—Les appelants ont prétendu que la C.C.I. a omis de considérer le risque encouru pendant qu’ils détenaient leurs options et que l’art. 6204(1)b) du *Règlement d’impôt sur le revenu* (Règlement) est une disposition anti-évitement—Il s’agissait de déterminer si la C.C.I., en concluant que les appelants n’ont pas encouru, à l’égard des actions vendues, le risque nécessaire pour avoir droit à la déduction réclamée, a omis de considérer le risque qu’ils ont encouru pendant qu’ils détenaient les options d’achat d’actions—La C.C.I. a procédé à une analyse textuelle et à une analyse contextuelle des dispositions en cause—L’analyse textuelle a mené la C.C.I. à conclure qu’il n’existe entre l’art. 6204(1)b) et l’art. 6204(2)c) du Règlement aucun lien logique de sorte que l’exception prévue à l’art. 6204(2)c) ne permettait pas que l’on fasse abstraction des exigences énoncées dans le premier alinéa—La conclusion de la C.C.I. allait à l’encontre du libellé de l’art. 6204(2)c), car cette disposition doit s’appliquer compte non tenu de l’obligation de rachat—La C.C.I. n’a pas examiné le lien logique entre les deux dispositions par l’entremise de l’art. 6204(1)a)(iv), lien qui est évident si l’art. 6204(1)b) est une mesure anti-évitement qui a pour but d’assurer le plein respect de l’art. 6204(1)a)(iv)—L’objectif anti-évitement de l’art. 6204(1)b) du Règlement permet de faire une lecture fidèle de l’art. 6204(2)c)—En ce qui concerne l’analyse contextuelle qu’elle a effectuée, la C.C.I. a énoncé avec justesse la politique fiscale de l’art. 6204(1)b), mais elle a négligé de prendre en considération le risque encouru par les appelants pendant qu’ils détenaient leurs options, laquelle période devait être prise en compte également afin de déterminer si les appelants répondaient aux exigences que le législateur y a énoncées—L’art. 110(1)d) de la Loi s’applique à l’égard des actions émises par une SPCC ou une société publique et aborde la question du risque différemment de l’art. 110(1)d.1), car il donne droit à une déduction de 50 p. 100 en fonction de critères axés sur le type d’actions en cause et le prix d’exercice de l’option—Le fait que les appelants ont été assujettis à un

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

with s. 6204(1)(a)(iv), which prevents deduction from being claimed with respect to shares which embody obligation to redeem—Because Regulations, s. 6204(1)(b) intended to prevent avoidance of s. 6204(1)(a)(iv), not open to T.C.C. to rely on s. 6204(1)(b) as basis for denying deduction claimed in circumstances where s. 6204(1)(c)(iv) not avoided—Appeals allowed.

## SOMMAIRE (Fin)

risque dès le moment où les options ont été octroyées et que les actions en cause étaient des actions visées, explique plus particulièrement pourquoi les appelants auraient pu réclamer une déduction de 50 p. 100 s'ils avaient cédé les options à Cybectec au lieu de les exercer et de vendre des actions—Il va sans dire qu'un traitement favorable n'aurait pas sa raison d'être si les appelants n'avaient pas satisfait à l'exigence relative au risque—Aux fins de l'art. 110(1)d) de la Loi, ce n'est pas l'imposition d'une période de détention qui assure l'existence d'un risque, mais bien les caractéristiques particulières d'une action visée et le prix minimum établi pour l'exercice de l'option—Toutefois, la C.C.I. en est arrivée à la conclusion contraire—L'art. 6204(1)b) du Règlement doit être lu de pair avec l'art. 6204(1)a)(iv), qui disqualifie toute action dont les caractéristiques permettent qu'elle soit rachetée—Puisque l'art. 6204(1)b) du Règlement a pour mission d'empêcher l'évitement de l'art. 6204(1)a)(iv), la C.C.I. ne pouvait invoquer l'art. 6204(1)b) pour refuser la déduction réclamée compte tenu du fait que l'art. 6204(1)c)(iv) n'a pas été contourné—Appels accueillis.



**Federal Courts  
Reports**

**2018, Vol. 2, Part 2**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2018, Vol. 2, 2<sup>e</sup> fascicule**





A-17-16  
2017 FCA 130

A-17-16  
2017 CAF 130

**Curtis Lewis** (*Appellant*)

**Curtis Lewis** (*appelant*)

v.

c.

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

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

and

et

**Justice For Children and Youth** (*Intervener*)

**Justice For Children and Youth** (*intervenante*)

**INDEXED AS: LEWIS v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)**

**RÉPERTORIÉ : LEWIS c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

Federal Court of Appeal, Stratas, Webb and Gleason J.J.A.—Toronto, March 7; Ottawa, June 21, 2017.

Cour d'appel fédérale, les juges Stratas, Webb et Gleason, J.C.A.—Toronto, 7 mars; Ottawa, 21 juin 2017.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Appeal from Federal Court decision dismissing appellant's application for judicial review of Canada Border Services Agency (CBSA) Inland Enforcement Officer's decision refusing appellant's request under Immigration and Refugee Protection Act, s. 48 to defer deportation from Canada to Guyana pending determination of application for humanitarian and compassionate (H&C) relief under Act, s. 25, pending a request to re-open appeal before Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board — In decision, Federal Court certifying questions on removals where Aboriginal child involved — Appellant, Canadian permanent resident, Guyanese citizen — Having sole custody of young Canadian daughter member of First Nation — Appellant determined inadmissible for serious criminality — In decision, Enforcement Officer considering impact of removal on appellant's daughter, noting that authority limited to considering short-term impact of removal on child's best interests, dismissing concern of importance of child's maintaining connection with indigenous culture — Federal Court in particular rejecting appellant's contention that principles set out by Supreme Court of Canada in R. v. Gladue, R. v. Ipeelee, R. v. Anderson should be applied to child's situation — Whether these principles applying, mutatis mutandis, to removals under Act, s. 48 such that full consideration of impact on Aboriginal child of removal from Canada of non-citizen custodial parent prior to execution of removal order must be made; whether Supreme Court of Canada decision in Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration) or other instruments mandating that more fulsome analysis of best*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande présentée par l'appellant en contrôle judiciaire de la décision d'une agente d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) de refuser d'accéder à la demande que l'appellant a présentée en vertu de l'art. 48 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, de reporter son renvoi du Canada vers le Guyana jusqu'à ce qu'il soit statué sur sa demande présentée pour des motifs d'ordre humanitaire en vertu de l'art. 25 et dans l'attente d'une décision concernant une demande de réouverture d'un appel devant la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — Dans le cadre de sa décision, la Cour fédérale a certifié des questions portant sur les renvois mettant en cause un enfant autochtone — L'appellant est résident permanent du Canada et citoyen du Guyana — Il a la garde exclusive de sa fille canadienne, qui est membre d'une Première nation — L'appellant a été déclaré interdit de territoire pour grande criminalité — Dans le cadre de sa décision, l'agente d'exécution a examiné les répercussions du renvoi pour la fille de l'appellant, notant que son pouvoir se limitait à l'examen de l'incidence à court terme du renvoi sur l'intérêt supérieur de l'enfant, et rejetant la préoccupation quant à l'importance que revêt pour l'enfant le maintien d'un lien avec sa culture autochtone — La Cour fédérale a rejeté la thèse de l'appellant voulant que doivent s'appliquer à la situation de l'enfant les principes établis par la Cour suprême du Canada dans les arrêts R. c. Gladue, R. c. Ipeelee et R. c. Anderson — Il s'agissait de savoir si ces principes s'appliquaient, avec*

*interests of affected children be undertaken by enforcement officers than has been previously required; whether Enforcement Officer's decision reasonable — Mere fact H&C application made shortly before removal date not meaning that deferral under Act, s. 48 warranted — Nor is enforcement officer entitled to engage in full-blown analysis of best interests of such children but may look at short-term best interests of children whose parent(s) being removed from Canada — With respect to Kanthasamy, decision not requiring that full-blown best interests of child analysis be undertaken before child's parent(s) may be removed from Canada — As for requirements of Act, s. 3(3)(f), United Nations Convention on the Rights of the Child, Convention not prescribing that best interests of child to be priority consideration for all administrative decision makers tasked with making decisions potentially impacting children — In present case, Enforcement Officer had to be alert, alive, sensitive to child's connection to indigenous roots, required to give them brief reasonable consideration — Respecting reasonability of Enforcement Officer's decision, assumption that child could return to Canada pure speculation; therefore, unreasonable — Incumbent on Enforcement Officer to assess whether daughter could maintain connection with indigenous roots during period of requested deferral if daughter to accompany appellant to Guyana — But here, no realistic basis for making such conclusion — Thus, Enforcement Officer's decision unreasonable, set aside — Appeal allowed.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — In appeal from Federal Court decision dismissing appellant's application for judicial review of Canada Border Services Agency Inland Enforcement Officer's decision refusing to defer appellant's deportation from Canada to Guyana, Federal Court examining Charter issue — Holding in particular that nothing in child's aboriginal status would give rise to protected interest under Charter, s. 7 especially since no order existing that daughter be removed from Canada — Whether Charter, s. 7 mandating R. v. Gladue-like consideration of impact of removal of Aboriginal child's custodial parent prior to execution of removal order — Charter, s. 7 not preventing removal of non-citizens from Canada if persons being removed,*

*les adaptations nécessaires, aux renvois prévus à l'art. 48 de la Loi, de sorte qu'il y avait lieu de tenir pleinement compte des conséquences sur l'enfant autochtone du renvoi du Canada du parent non citoyen ayant la garde avant l'exécution de la mesure de renvoi; si la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration) ou d'autres instruments appelant, de la part des agents d'exécution, une analyse de l'intérêt supérieur des enfants touchés plus approfondie qu'auparavant; et si la décision de l'agente d'exécution était raisonnable — Le simple fait qu'une demande pour des motifs d'ordre humanitaire a été faite peu avant la date butoir ne signifiait pas que le report de la mesure prévue à l'art. 48 de la Loi était justifié — L'agent d'exécution n'est pas habilité non plus à se livrer à une véritable analyse de l'intérêt supérieur de ces enfants, mais il peut se livrer à une étude de l'intérêt supérieur; à court terme, de l'enfant qui pourrait être touché par le renvoi de ses parents du Canada — En ce qui concerne la jurisprudence Kanthasamy, cette décision n'exige pas qu'une véritable analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant soit entreprise avant qu'un parent de l'enfant puisse être renvoyé du Canada — Quant aux exigences de l'art. 3(3)f) de la Loi et de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, la Convention ne prescrit pas que l'intérêt supérieur de l'enfant doive être la priorité de tous les décideurs administratifs chargés de prendre des décisions qui pourraient avoir des répercussions sur les enfants — Dans la présente affaire, l'agente d'exécution devait être réceptive, attentive et sensible aux racines autochtones de l'enfant et était tenue de leur consacrer une brève considération raisonnable — En ce qui concerne le caractère raisonnable de la décision de l'agente d'exécution, l'hypothèse voulant que l'enfant puisse revenir au Canada n'était que pure conjecture et donc déraisonnable — Il incombait à l'agente d'exécution d'apprécier si l'enfant pouvait maintenir un lien avec ses racines autochtones pendant la période visée par la demande de report si elle accompagnait l'appelant au Guyana — Mais dans la présente affaire, elle ne disposait d'aucun élément en fonction duquel elle pouvait raisonnablement tirer cette conclusion — La décision de l'agente d'exécution était donc déraisonnable et a été annulée — Appel accueilli.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — En appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande présentée par l'appelant en contrôle judiciaire de la décision d'une agente d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs de l'Agence des services frontaliers du Canada de refuser de reporter le renvoi de l'appelant du Canada vers le Guyana, la Cour fédérale a examiné une question relative à la Charte — Elle a conclu en particulier que le statut autochtone de l'enfant ne mettait en jeu aucun intérêt protégé par l'art. 7 de la Charte, notamment du fait qu'elle n'était pas visée par une mesure de renvoi du Canada — L'art. 7 de la Charte exige-t-il qu'il soit tenu compte, à l'instar de l'arrêt Gladue, des conséquences du renvoi du*

*upon return to country of origin, not facing risks qualifying for protection under Immigration and Refugee Protection Act, s. 97 — Because appellant would not face any such risk, appellant's Charter, s. 7 rights not impacted by removal order — Nor were s. 7 rights of appellant's child impacted — Child's indigenous heritage not mandating different conclusion, not giving rise to Charter-protected interest preventing appellant's removal — Matter not changed by invocation of Gladue principles.*

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant's application for judicial review of the decision of a Canada Border Services Agency (CBSA) Inland Enforcement Officer refusing the appellant's request under section 48 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (the Act) to defer his deportation from Canada to Guyana pending determination of his application for humanitarian and compassionate (H&C) relief under section 25 of the Act and pending a request to re-open an appeal before the Immigration Appeal Division (the IAD) of the Immigration and Refugee Board. The requested deferral was premised largely on the impact the appellant's removal would have on his daughter, a Canadian citizen of indigenous heritage who, in all likelihood, would accompany the appellant to Guyana if he were sent back to that country. In the decision under appeal, the Federal Court certified the questions as to whether (1) the principles set out by the Supreme Court of Canada in *R. v. Gladue*, *R. v. Ipeelee*, and *R. v. Anderson* apply, *mutatis mutandis*, to removals under section 48 of the Act such that there must be a full consideration of the impact on an Aboriginal child of the removal from Canada of her non-citizen custodial parent prior to the execution of the removal order and (2) section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* mandates *Gladue*-like consideration of the impact of the removal of an Aboriginal child's custodial parent prior to the execution of the removal order.

The appellant is a 60-year-old Canadian permanent resident and a Guyanese citizen. He came to Canada as a child when his family immigrated here. He has sole custody of his young Canadian daughter who is a member of a First Nation by virtue of her maternal lineage and has status as an "Indian" under the *Indian Act*. The girl's mother is unable to care for the child and lost custody and visitation rights. The appellant has a criminal record in Canada, was determined to be inadmissible for serious criminality, and was issued a deportation order. That decision was appealed to the IAD which stayed the

*parent ayant la garde de l'enfant autochtone avant l'exécution de la mesure du renvoi? — L'art. 7 de la Charte ne fait pas obstacle au renvoi du Canada des non-citoyens si ces personnes ne sont pas exposées dans leur pays d'origine à des risques qui les rendraient admissibles à la protection que prévoit l'art. 97 — Puisque l'appelant ne serait pas exposé à de tels risques, les droits qu'il tire de l'art. 7 de la Charte n'ont pas été enfreints par la mesure de renvoi — Les droits que son enfant puise dans l'art. 7 ne seraient pas non plus touchés — L'ascendance autochtone de l'enfant n'imposait pas une conclusion différente, ni ne faisait intervenir un droit protégé par la Charte faisant obstacle au renvoi de l'appelant — La doctrine Gladue n'y changeaient rien.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelant à l'encontre de la décision d'une agente d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) de refuser d'accéder à la demande de l'appelant fondée sur l'article 48 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi), de reporter son renvoi du Canada vers le Guyana jusqu'à ce qu'il soit statué sur sa demande présentée pour des motifs d'ordre humanitaire en vertu de l'article 25 de la Loi et dans l'attente d'une décision concernant une demande de réouverture d'un appel devant la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Le report demandé était fondé en grande partie sur les conséquences du renvoi de l'appelant sur sa fille, une citoyenne canadienne d'origine autochtone qui, selon toute probabilité, accompagnerait l'appelant au Guyana s'il était renvoyé dans ce pays. Dans le cadre de la décision attaquée, la Cour fédérale a certifié les questions suivantes : 1) Les principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *R. c. Gladue*, *R. c. Ipeelee* et *R. c. Anderson* s'appliquent-ils, avec les adaptations nécessaires, aux renvois prévus à l'article 48 de la Loi, de sorte qu'il y a lieu de tenir pleinement compte des conséquences sur l'enfant autochtone du renvoi du Canada du parent non citoyen ayant la garde avant l'exécution de la mesure de renvoi? (2) L'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* exige-il que l'on tienne compte, à l'instar de l'arrêt *Gladue*, des conséquences du renvoi du parent ayant la garde de l'enfant autochtone avant l'exécution de la mesure du renvoi?

L'appelant est un résident permanent du Canada âgé de 60 ans et un citoyen du Guyana. Il est arrivé au Canada alors qu'il était enfant quand sa famille a immigré ici. Il a la garde exclusive de sa fillette canadienne, qui est membre d'une Première Nation par sa filiation maternelle et a le statut d'« Indienne » en vertu de la *Loi sur les Indiens*. La mère de la fillette est incapable de prendre soin de l'enfant et a perdu la garde et le droit de visite. L'appelant a un casier judiciaire au Canada, il a été déclaré interdit de territoire pour grande criminalité et a fait l'objet d'une mesure d'expulsion. Cette décision

deportation order but the stay was later cancelled when conditions were breached. The appellant was arrested, detained and released by immigration authorities. He was later convened for a pre-removal risk assessment interview but his application was denied. When the appellant was notified that his removal would occur, he filed three applications in response thereto, including an application for permanent resident status on H&C grounds and a request to defer his removal.

In her decision, the Enforcement Officer commenced her analysis by noting that under section 48 of the Act, the CBSA is required to enforce removal orders as soon as possible and that her discretion to grant a deferral was very limited. The Enforcement Officer noted in particular that the appellant's pending application to the IAD and H&C application had not been made in a timely fashion and that they would not bar the appellant's removal from Canada. She considered the impact of the removal on the appellant's daughter, noting that her authority was limited to considering the short-term impact of removal on the child's best interests. She also dismissed the concern of the importance of the child's maintaining a connection with her indigenous culture.

The Federal Court held, in particular, that, regarding the Charter issue, there was nothing in the child's aboriginal status that would give rise to a protected interest under section 7, especially since there was no order that she be removed from Canada. The Court also rejected the appellant's contention that the principles from *R. v. Gladue*, *R. v. Ipeelee* and *R. v. Anderson* (criminal-type cases) should be applied, with necessary modifications, to the child's situation.

The main issues were how to answer the Federal Court's certified questions; whether the Supreme Court of Canada decision in *Kanithasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)* or other instruments mandate that a more fulsome analysis of the best interests of affected children be undertaken by enforcement officers than has been previously required; and whether the Enforcement Officer's decision in this case was reasonable.

*Held*, the appeal should be allowed.

Under a well-established line of authority pertaining to removals in which children are involved, the mere fact that an H&C application has been made shortly before the removal date by those subject to being removed or the fact that they might take their Canadian-born children with them when they are removed from Canada does not mean that a deferral under section 48 of the Act is warranted. Nor is an enforcement officer entitled to engage in a full-blown analysis of

a été portée en appel devant la SAI, qui a sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion, mais le sursis a par la suite été annulé lorsque les conditions ont été violées. L'appelant a été arrêté, détenu et libéré par les autorités de l'immigration. Il a ensuite été convoqué à une entrevue relative à l'évaluation des risques avant renvoi, mais sa demande a été rejetée. Lorsqu'il a été avisé de son renvoi, l'appelant a déposé trois demandes, dont une demande de résidence permanente pour des motifs d'ordre humanitaire et une demande de report de son renvoi.

Dans sa décision, l'agente d'exécution a commencé son analyse en notant qu'aux termes de l'article 48 de la Loi, l'ASFC est tenue d'exécuter les mesures de renvoi dès qu'il est possible de le faire et que le pouvoir discrétionnaire lui permettant d'accorder un report était très restreint. L'agente d'exécution a noté en particulier que la demande de l'appelant à la SAI et la demande pour des motifs d'ordre humanitaire n'avaient pas été faites en temps utile et qu'elles ne faisaient pas obstacle au renvoi de l'appelant du Canada. Elle a examiné les répercussions du renvoi pour la fille de l'appelant, notant que son pouvoir se limitait à l'examen de l'incidence à court terme du renvoi sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle a également rejeté la préoccupation quant à l'importance que revêt pour l'enfant le maintien d'un lien avec sa culture autochtone.

En ce qui concerne la question relative à la Charte, la Cour fédérale a conclu que le statut autochtone de l'enfant ne mettait en jeu aucun intérêt protégé par l'article 7, notamment du fait qu'elle n'était pas visée par une mesure de renvoi du Canada. La Cour a également rejeté la thèse de l'appelant voulant que doivent s'appliquer à la situation de l'enfant, avec les adaptations nécessaires, les principes des arrêts *R. c. Gladue*, *R. c. Ipeelee* et *R. c. Anderson* (qui se rapportent à des affaires pénales).

Les principales questions en litige visaient à savoir comment répondre aux questions certifiées de la Cour fédérale; si la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Kanithasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* ou d'autres instruments appellent, de la part des agents d'exécution, une analyse de l'intérêt supérieur des enfants touchés plus approfondie qu'auparavant; et si la décision de l'agente d'exécution de la loi dans la présente affaire était raisonnable.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

En vertu de la jurisprudence bien établie en matière de renvoi mettant en cause des enfants, le simple fait qu'une demande pour des motifs d'ordre humanitaire a été faite peu avant la date butoir par les personnes susceptibles d'être renvoyées ou le fait qu'elles pourraient emmener leurs enfants nés au Canada avec elles lorsqu'elles seront renvoyées du Canada ne signifie pas que le report de la mesure prévue à l'article 48 de la Loi est justifié. L'agent d'exécution n'est pas non plus

the best interests of such children as so doing would usurp the function of H&C officers under section 25 of the Act. Nevertheless, enforcement officers may look at the short-term best interests of the children whose parent(s) are being removed from Canada.

Regarding the Charter argument, section 7 does not prevent the removal of non-citizens from Canada if those being removed will not upon return to their country of origin face risks of the sort that would qualify for protection under section 97 of the Act. Because there was no suggestion that the appellant would face any such risk, his section 7 Charter rights were not impacted by the removal order. In short, his constitutionally-protected rights to life, liberty and security of the person would not be impacted if he were returned to Guyana. Nor were his child's section 7 Charter rights impacted. There was no suggestion that the child would face risk of a type that would prevent removal under section 97 of the Act if she were to accompany the appellant when he would be returned to Guyana. If the appellant's child were not of indigenous heritage, there would be no basis for asserting that her rights under section 7 of the Charter might be impacted by the appellant's removal. The child's indigenous heritage did not mandate a different conclusion. While her heritage is very significant to the analysis of her short-term best interests in the context of the removal process, her heritage did not, of itself, give rise to a Charter-protected interest that prevented her father's removal, and this was not changed by the appellant's invocation of the *Gladue* principles, which, unlike in the present matter, arose out of a *Criminal Code* provision dealing with sentencing (paragraph 718.2(e)). In conclusion, the Charter argument was without merit and the rights of the appellant and his daughter under section 7 of the Charter would not be impacted by the appellant's removal to Guyana. Likewise, section 7 of the Charter did not require that a different type of analysis be undertaken by the Enforcement Officer in this case.

With respect to *Kanhasamy*, that decision does not require that a full-blown best interests of the child analysis be undertaken before a child's parent(s) may be removed from Canada or that such children's best interests must outweigh other considerations in the analysis. The holding in *Kanhasamy* applies only to H&C decisions made under section 25 of the Act and, even there, does not mandate that the affected children's best interests must necessarily be the priority consideration. As for the requirements of paragraph 3(3)(f) of the Act and the United Nations *Convention on the Rights of the Child* (Children's Convention) more generally, the Children's Convention does not prescribe that the best interests of the child is to be the priority consideration for all administrative decision makers tasked

habilité à se livrer à une véritable analyse de l'intérêt supérieur de ces enfants, car cela équivaldrait à usurper la fonction des agents chargés d'examiner les circonstances d'ordre humanitaire en application de l'article 25 de la Loi. Cela dit, l'agent d'exécution peut se livrer à une étude de l'intérêt supérieur, à court terme, de l'enfant qui pourrait être touché par le renvoi de ses parents du Canada.

En ce qui concerne le moyen tiré de la Charte, l'article 7 ne fait pas obstacle au renvoi du Canada des non-citoyens si ces personnes ne sont pas exposées dans leur pays d'origine à des risques qui les rendraient admissibles à la protection que prévoit l'article 97 de la Loi. Puisque rien n'indiquait que l'appellant serait exposé à de tels risques, les droits qu'il tire de l'article 7 de la Charte n'ont pas été enfreints par la mesure de renvoi. En bref, ses droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne consacrés par la Charte ne seraient pas enfreints s'il était renvoyé au Guyana. Les droits que son enfant puise dans l'article 7 de la Charte ne seraient pas non plus touchés. Rien ne laissait croire que, si elle devait accompagner l'appellant au Guyana, elle serait exposée à un type de risque énoncé à l'article 97 de la Loi qui pourrait proscrire le renvoi. Si l'enfant de l'appellant n'était pas d'ascendance autochtone, rien ne permettrait d'affirmer que les droits qu'elle puise dans l'article 7 de la Charte pourraient être touchés par le renvoi de l'appellant. L'ascendance autochtone de l'enfant n'a pas imposé une conclusion différente. Bien que son ascendance revête une grande importance dans l'analyse de son intérêt supérieur à court terme dans le contexte de la procédure de renvoi, son ascendance en soi n'a fait intervenir aucun droit protégé par la Charte qui faisait obstacle au renvoi de son père, même si l'appellant a invoqué la doctrine *Gladue*, qui, contrairement à la présente affaire, découlait d'une disposition du *Code criminel* qui porte sur la détermination de la peine (alinéa 718.2e)). En conclusion, le moyen puisé dans la Charte était sans fondement et les droits que l'appellant et sa fille tirent de l'article 7 de la Charte ne seraient pas touchés par le renvoi de l'appellant au Guyana. De même, l'article 7 de la Charte n'exigeait pas en l'espèce qu'une analyse d'une autre nature soit effectuée par l'agent d'exécution.

En ce qui concerne la jurisprudence *Kanhasamy*, cette décision n'exige pas qu'une véritable analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant soit entreprise avant qu'un parent de l'enfant puisse être renvoyé du Canada ou que l'intérêt supérieur de l'enfant doive l'emporter sur les autres considérations de l'analyse. La jurisprudence *Kanhasamy* vise uniquement les décisions relatives aux considérations d'ordre humanitaire prises en vertu de l'article 25 de la Loi et, même dans ces cas, n'impose pas que l'intérêt supérieur des enfants touchés constitue la considération prioritaire. Quant aux exigences de l'alinéa 3(3)(f) de la Loi et de la *Convention relative aux droits de l'enfant* (Convention) d'une manière plus générale, la Convention ne prescrit pas que l'intérêt supérieur de l'enfant doive être la priorité de tous les

with making decisions that might impact children. Article 3 of the Children's Convention requires the best interests of the child be a priority, but not the sole priority consideration. It was open to the appellant to make an application under section 25 of the Act at any point after his daughter was born. Had he done so, his daughter's best interests would probably already have been fully evaluated by an H&C officer in the context of such an application. However, he neglected to make an application under section 25 of the Act until shortly before his scheduled removal. This did not entitle him to forestall his removal. Neither *Kanthisamy* nor the Children's Convention required the Enforcement Officer in this case to undertake a full-blown assessment of the best interests of the appellant's daughter or to grant the requested deferral until the appellant's last minute H&C application was decided by a ministerial delegate. Rather, the Enforcement Officer was only required to consider the short-term best interests of the child and in this case he was faced with an indigenous child whose sole custodial parent was to be removed from Canada. These facts raised special considerations that impacted the child's vital short-term best interests. The Enforcement Officer thus had to be alert, alive and sensitive to the child's connection to her indigenous roots and was required to give them brief reasonable consideration.

As to the reasonability of the Enforcement Officer's decision, the Enforcement Officer recognized that it was important to the appellant's daughter that she maintain "a close connection with her Aboriginal community, its culture and traditions" during the period of the requested deferral. Accepting that the child would go with her father to Guyana, the Enforcement Officer reasoned that the child may return to Canada at any time. The assumption that the child could return to Canada was pure speculation and therefore unreasonable. The applicant was inadmissible and so likely could not accompany his then 8-year-old daughter on a return trip. The Enforcement Officer did not explain how it would be feasible for the child to make the journey back to Canada on her own, and there was no suggestion that anyone else would be able to accompany her. In short, having accepted that it was important for the child to maintain a connection with her indigenous roots during the period of the requested deferral, it was incumbent on the Enforcement Officer to realistically and sensitively assess whether this was possible if she were to accompany her father. Based on the facts before the Enforcement Officer, there was no realistic basis for concluding that the child could maintain any such connection if she were in Guyana. Thus, the Enforcement Officer's decision was unreasonable and was set aside. As for the Federal Court's suggestion that the Enforcement Officer's decision should be upheld since there was no basis to conclude that the child would be leaving

décideurs administratifs chargés de prendre des décisions qui pourraient avoir des répercussions sur les enfants. L'article 3 de la Convention exige que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une priorité, mais pas l'unique priorité. Il appartenait à l'appelant de faire une demande fondée sur l'article 25 de la Loi à tout moment après la naissance de sa fille. S'il l'avait fait, l'intérêt de sa fille aurait probablement déjà été pleinement apprécié par un agent chargé d'examiner les considérations d'ordre humanitaire dans le cadre d'une telle demande. Cependant, il n'a fait cette demande que peu de temps avant la date prévue de son renvoi. Cela ne lui a pas donné le droit de faire obstacle à son renvoi. Ni la jurisprudence *Kanthisamy* ni la Convention n'imposait en l'espèce à l'agente d'exécution de procéder à une véritable appréciation de l'intérêt supérieur de la fille de l'appelant ou d'accorder le report demandé jusqu'à ce que la demande pour des motifs d'ordre humanitaire de l'appelant présentée à la dernière minute fasse l'objet d'une décision d'un représentant ministériel. L'agente d'exécution n'était tenue que de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à court terme et, dans la présente affaire, elle devait évaluer la situation d'un enfant autochtone dont l'unique parent gardien devait être renvoyé du Canada. Ces faits soulevaient des considérations spéciales qui avaient des conséquences sur l'intérêt supérieur vital à court terme de l'enfant. L'agente d'exécution devait donc être réceptive, attentive et sensible à ses racines autochtones et était tenue de leur consacrer une brève considération raisonnable.

En ce qui concerne le caractère raisonnable de la décision de l'agente, celle-ci a reconnu qu'il était important pour la fille de l'appelant de maintenir [TRADUCTION] « un lien étroit avec sa collectivité, sa culture et ses traditions autochtones » pendant la période visée par la demande de report. Constatant que l'enfant irait vivre au Guyana avec son père, l'agente d'exécution a tenu le raisonnement que l'enfant pourrait revenir au Canada à n'importe quel moment. L'hypothèse voulant que l'enfant puisse revenir au Canada n'était que pure conjecture et donc déraisonnable. Son père était interdit de territoire et ne pourrait vraisemblablement pas accompagner sa fille qui avait alors 8 ans au pays. L'agente d'exécution n'a pas expliqué comment il serait possible pour l'enfant de revenir au Canada par ses propres moyens, et rien n'a donné à penser que quiconque serait en mesure de l'accompagner. En bref, ayant retenu l'idée qu'il était important pour l'enfant de maintenir un lien avec ses racines autochtones pendant la période visée par la demande de report, il incombait à l'agente d'exécution d'apprécier de manière réaliste et raisonnable si l'enfant pouvait maintenir ce lien si elle accompagnait son père. Vu les faits dont était saisie l'agente d'exécution, elle ne disposait d'aucun élément en fonction duquel elle pouvait raisonnablement conclure que l'enfant pourrait maintenir un tel lien si elle était au Guyana. Par conséquent, la décision de l'agente d'exécution était déraisonnable et a été annulée. Quant à la suggestion de la Cour fédérale selon laquelle la décision de l'agente d'exécution

Canada, this conclusion was entirely without merit since the facts indicated precisely the opposite.

Finally, both certified questions were answered in the negative.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 718.2(e).  
*Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22, r. 22.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3)(f), 25, 36(1)(a), 45(d), 48, 63(3), 68(1), 74, 96, 97.  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Convention on the Rights of the Child*, November, 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3, Arts. 3, 21, 30.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FCA 81, [2010] 2 F.C.R. 311; *Simoès v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 187 F.T.R. 219, 7 Imm. L.R. (3d) 141 (F.C.T.D.); *Munar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1180, [2006] 2 F.C.R. 664.

##### DISTINGUISHED:

*Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909.

##### CONSIDERED:

*Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2014 CanLII 99082 (I.R.B.); *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, (1999), 171 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*,

devrait être retenue parce qu'il n'y avait aucune raison de conclure que l'enfant quitterait le Canada, cette conclusion était tout à fait dépourvue de fondement puisqu'il ressortait des faits exactement le contraire.

Enfin, il a été répondu par la négative aux deux questions certifiées.

#### LOIS ET RÉGLEMENTS 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. 718.2e).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(3)f), 25, 36(1)a), 45d), 48, 63(3), 68(1), 74, 96, 97.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.  
*Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22, règle 22.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3, arts. 3, 21, 30.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CAF 81, [2010] 2 R.C.F. 311; *Simoès c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 15668 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Munar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1180, [2016] 2 R.C.F. 664.

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2014 CanLII 99082 (C.I.S.R.); *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 286, [2012] 2 R.C.F. 133; *Law Society of Upper*

2011 FCA 286, [2012] 2 F.C.R. 133; *Law Society of Upper Canada v. Terence John Robinson*, 2013 ONLSAP 18 (CanLII); *Munar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 761.

REFERRED TO:

*Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 168, [2014] 4 F.C.R. 290; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Zazai*, 2004 FCA 89, 318 N.R. 365; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4, [1994] F.C.J. No. 1637 (QL) (C.A.); *Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 178, 485 N.R. 186; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Amado-Cordeiro*, 2004 FCA 120, 320 N.R. 319; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Langner v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1995), 184 N.R. 230, 29 C.R.R. (2d) 184 (F.C.A.); *United States of America v. Leonard*, 2012 ONCA 622, 112 O.R. (3d) 496; *R. v. Robinson*, 2009 ONCA 205, 95 O.R. (3d) 309; *Frontenac Ventures Corporation v. Ardoch Algonquin First Nation*, 2008 ONCA 534, 91 O.R. (3d) 1; *R. v. Sim* (2005), 78 O.R. (3d) 183, 201 C.C.C. (3d) 482 (C.A.); *Twins v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 537, [2017] 1 F.C.R. 79; *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 148, [2001] 3 F.C. 682; *Nguyen v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FC 225, 51 Imm. L.R. (4th) 147; *Danyi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FC 112; *Baptiste v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1359, 11 Admin. L.R. (6th) 19; *Kampemana v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FC 1060; *Ezquivel v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2014 FC 995; *Khamis v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 437; *Turay v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 1090; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli*, [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; *Idahosa v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FCA 418, [2009] 4 F.C.R. 293; *B010 v. Canada (Citizenship*

*Canada v. Terence John Robinson*, 2013 ONLSAP 18 (CanLII); *Munar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 761.

DÉCISIONS CITÉES :

*Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 168, [2014] 4 R.C.F. 290; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Zazai*, 2004 CAF 89; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage*, [1994] A.C.F. n° 1637 (QL) (C.A.); *Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 178; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Amado-Cordeiro*, 2004 CAF 120; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Langner c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 469 (QL) (C.A.); *United States of America v. Leonard*, 2012 ONCA 622, 112 O.R. (3d) 496; *R. v. Robinson*, 2009 ONCA 205, 95 O.R. (3d) 309; *Frontenac Ventures Corporation v. Ardoch Algonquin First Nation*, 2008 ONCA 534, 91 O.R. (3d) 1; *R. v. Sim* (2005), 78 O.R. (3d) 183, 201 C.C.C. (3d) 482 (C.A.); *Twins c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 537, [2017] 1 R.C.F. 79; *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 148, [2001] 3 C.F. 682; *Nguyen c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CF 225; *Danyi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CF 112; *Baptiste c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1359; *Kampemana c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 1060; *Ezquivel c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2014 CF 995; *Khamis c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 437; *Turay c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2009 CF 1090; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Idahosa c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CAF 418, [2009] 4 R.C.F. 293; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; *Okoloubu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 326, [2009] 3 R.C.F. 294; *de*



and Immigration), 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704; *Okoloubu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 326, [2009] 3 F.C.R. 294; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655.

## AUTHORS CITED

Canada. Parliament. Senate. Standing Senate Committee on Human Rights. *Children: The Silenced Citizens: Effective Implementation of Canada's International Obligations with Respect to the Rights of Children: Final Report*, April 2007.

Statistics Canada. *Insights on Canadian Society: Living arrangements of Aboriginal children aged 14 and under* (April 13, 2016), Catalogue No. 75-006-X.

Truth and Reconciliation Commission of Canada. *Honouring the Truth, Reconciling for the Future: Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*. Winnipeg: Truth and Reconciliation Commission of Canada, 2015.

United Nations Committee on the Rights of the Children. *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art.3, para.1)*, U.N. Doc. CRC/C/GC/14 (29 May 2013).

APPEAL from a Federal Court decision (2015 FC 1309, 9 Admin. L.R. (6th) 275) dismissing the appellant's application for judicial review of a Canada Border Services Agency Inland Enforcement Officer's decision refusing the appellant's request under section 48 of the *Immigration and Refugee Protection Act* to defer his deportation from Canada to Guyana pending, in particular, determination of his application for humanitarian and compassionate relief. Appeal allowed.

## APPEARANCES

*Andrew J. Brouwer, Allison C. Rhoades, Jonathan Rudin, Emilie Lahaie* for appellant.  
*Angela Marinos and Christopher Ezrin* for respondent.  
*Samira M. Ahmed and Emily Chan* for intervener.

*Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Parlement. Sénat. Comité sénatorial permanent des droits de la personne. *Les enfants : des citoyens sans voix : mise en œuvre efficace des obligations internationales du Canada relatives aux droits des enfants : rapport final*, avril 2007.

Commission de vérité et réconciliation du Canada. *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : Sommaire du rapport de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*. Winnipeg : Commission de vérité et réconciliation du Canada, 2015.

Nations Unies Comité des droits de l'enfant. *Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordial (art. 3, par. 1)*, Doc. N.U. CRC/C/GC/14 (29 mai 2013).

Statistique Canada. *Regards sur la société canadienne : La situation des enfants autochtones âgés de 14 ans et moins dans leur ménage* (13 avril 2016), n° 75-006-X.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2015 CF 1309) rejetant la demande présentée par l'appelant en contrôle judiciaire de la décision d'une agente d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs de l'Agence des services frontaliers du Canada de refuser d'accéder à la demande de l'appelant fondée sur l'article 48 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, de reporter son renvoi du Canada vers le Guyana jusqu'à ce qu'il soit statué sur sa demande présentée pour des motifs d'ordre humanitaire. Appel accueilli.

## ONT COMPARU :

*Andrew J. Brouwer, Allison C. Rhoades, Jonathan Rudin et Emilie Lahaie* pour l'appelant.  
*Angela Marinos et Christopher Ezrin* pour l'intimé.  
*Samira M. Ahmed et Emily Chan* pour l'intervenante.

## SOLICITORS OF RECORD

*Refugee Law Office and Aboriginal Legal Services in Toronto*, Toronto, for appellant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*Justice for Children and Youth*, Toronto, for intervener.

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

[1] GLEASON J.A.: In this appeal, the appellant, Curtis Lewis, seeks to set aside the November 25, 2015 judgment of the Federal Court in *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FC 1309, 9 Admin. L.R. (6th) 275 (*Lewis*) (available on CanLII) in which the Federal Court (*per* Annis, J.) dismissed Mr. Lewis' application for judicial review of the July 28, 2014 decision of a Canada Border Services Agency (CBSA) Inland Enforcement Officer. In that decision, the Enforcement Officer refused Mr. Lewis' request under section 48 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA) to defer his deportation from Canada to Guyana pending determination of his application for humanitarian and compassionate (H&C) relief under section 25 of the IRPA and pending a request to re-open an appeal before the Immigration Appeal Division (the IAD) of the Immigration and Refugee Board (the I.R.B.).

[2] The requested deferral was premised largely on the impact Mr. Lewis' removal would have on his daughter, a Canadian citizen of indigenous heritage who, in all likelihood, would accompany her father to Guyana if he is sent back to that country.

[3] In the decision under appeal, the Federal Court [at paragraph 58] certified the following questions under section 74 of the IRPA:

1. Do the princip[les] set out by the Supreme Court of Canada in *R. v Gladue*, *R. v Ipeelee*, and *R. v Anderson*

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Bureau du droit des réfugiés et Aboriginal Legal Services of Toronto*, Toronto, pour l'appelant.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

*Justice for Children and Youth*, Toronto, pour l'intervenante.

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

[1] LA JUGE GLEASON, J.C.A. : Dans le présent appel, l'appelant, Curtis Lewis, sollicite l'annulation du jugement daté du 25 novembre 2015 rendu par le juge Annis de la Cour fédérale à l'occasion de l'affaire *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 1309 (*Lewis*) (affiché sur CanLII) par lequel la Cour a rejeté la demande présentée par M. Lewis en contrôle judiciaire de la décision du 28 juillet 2014 d'une agente d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs (l'agente) de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC). Par cette décision, l'agente a refusé d'accéder à la demande que M. Lewis avait présentée en vertu de l'article 48 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), de reporter son renvoi du Canada vers le Guyana jusqu'à ce qu'il soit statué sur sa demande présentée pour des motifs d'ordre humanitaire (la demande CH) en vertu de l'article 25 de la LIPR et dans l'attente d'une décision concernant une demande de réouverture d'un appel devant la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la C.I.S.R.) en cours.

[2] Le report demandé était fondé en grande partie sur les conséquences du renvoi de M. Lewis sur sa fille, une citoyenne canadienne d'origine autochtone qui, selon toute probabilité, accompagnerait son père au Guyana s'il était renvoyé dans ce pays.

[3] Dans le cadre de la décision attaquée, la Cour fédérale [au paragraphe 58] a certifié les questions suivantes en application de l'article 74 de la LIPR :

1. Les principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *R. c Gladue*, *R. c Ipeelee* et *R. c*

apply, *mutatis mutandis*, to removals under section 48 of the IRPA such that there must be a full consideration of the impact on an Aboriginal child of the removal from Canada of her non-citizen custodial parent prior to the execution of the removal order?

2. Does Section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms* mandate *Gladue*-like consideration of the impact of the removal of an Aboriginal child's custodial parent prior to the execution of the removal order?

[4] For the reasons that follow, I would answer these questions in the negative but would allow this appeal as the Enforcement Officer's consideration of the best interests of Mr. Lewis' daughter was unreasonable. I would accordingly set aside the Enforcement Officer's July 28, 2014 decision and remit Mr. Lewis' application under section 48 of the IRPA to another CBSA Enforcement Officer for re-determination in accordance with these reasons.

#### I. Background

[5] Mr. Lewis is a permanent Canadian resident and a Guyanese citizen. He is nearly 60 years old and came to Canada as a child in 1966, when his family immigrated here. Although his family members are now citizens, he claims that he did not become a Canadian citizen (when he was eligible to apply) essentially because he ignored the importance of making an application for citizenship. He has no family members or connections in Guyana and has not been back to that country since 1966. Mr. Lewis has worked as a drywall lather and plasterer in Canada but was unemployed and on social assistance at the time of his deferral application.

[6] Mr. Lewis has sole custody of his young Canadian daughter who is currently 9 years old. She is a member of the Gwich'in First Nation (Inuvik) by virtue of her maternal lineage and has status as an "Indian" under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. The girl's mother is unable to care for the child and lost custody and visitation rights by reason of her substance abuse issues. While there are other members of the mother's family who live in the Northwest Territories and members of Mr. Lewis'

*Anderson* s'appliquent-ils, avec les adaptations nécessaires, aux renvois prévus à l'article 48 de la LIPR, de sorte qu'il y a lieu de tenir pleinement compte des conséquences sur l'enfant autochtone du renvoi du Canada du parent non citoyen ayant la garde avant l'exécution de la mesure de renvoi?

2. L'article 7 de la *Charte des droits et libertés* exige-t-il que l'on tienne compte, à l'instar de l'arrêt *Gladue*, des conséquences du renvoi du parent ayant la garde de l'enfant autochtone avant l'exécution de la mesure de renvoi?

[4] Pour les motifs qui suivent, je répondrais à ces questions par la négative, mais j'accueillerais le présent appel puisque l'examen de l'intérêt supérieur de la fille de M. Lewis par l'agente était déraisonnable. En conséquence, je casserais la décision de l'agente du 28 juillet 2014 et renverrais la demande de M. Lewis concernant l'article 48 de la LIPR à un autre agent d'exécution de l'ASFC pour réexamen conformément aux présents motifs.

#### I. Contexte

[5] M. Lewis est résident permanent du Canada et citoyen du Guyana. Il est âgé de près de 60 ans et est arrivé au Canada alors qu'il était enfant, en 1966, quand sa famille a immigré ici. Bien que les membres de sa famille soient maintenant citoyens, il affirme qu'il n'est pas devenu citoyen canadien (alors qu'il était admissible à présenter une demande) essentiellement parce qu'il ignorait l'importance de faire une demande de citoyenneté. Il n'a pas de membres de famille ou de connaissances au Guyana et n'y est pas retourné depuis 1966. M. Lewis a travaillé en tant qu'installateur de cloisons sèches et plâtrier au Canada, mais était sans emploi et vivait de l'aide sociale au moment de sa demande de report.

[6] M. Lewis a la garde exclusive de sa fillette canadienne qui est âgée de 9 ans. Elle est membre de la Première nation des Gwich'in (Inuvik) par sa filiation maternelle et a le statut d'« Indienne » en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5. La mère de la fillette est incapable de prendre soin de l'enfant et a perdu la garde et le droit de visite en raison de sa toxicomanie. Bien que d'autres membres de la famille de la mère vivent dans les Territoires du Nord-Ouest et que les

family who live in Toronto, there appears to be no one other than Mr. Lewis who would be willing and in a position to care for the child on a full time basis. Thus, the refusal of the requested deferral may well have resulted in the *de facto* removal of the child from Canada as having her declared a ward of the state appears to be the only other option available to the girl, which Mr. Lewis is not prepared to see occur. The CBSA accepted that the child was to accompany Mr. Lewis to Guyana and was prepared to purchase airline tickets for both Mr. Lewis and the child.

[7] Mr. Lewis has a criminal record in Canada. In 1979, he was convicted of assault causing bodily harm, for which he received a suspended sentence. In 1985, he was again convicted of assault causing bodily harm and of a related failure to appear, for which he received fines and a short period of incarceration (possibly because he did not pay the fines). In 2003, Mr. Lewis was convicted of assault causing bodily harm for a third time, and he received a 12-month conditional sentence.

[8] Following his 2003 conviction, Mr. Lewis' immigration status was referred to the I.R.B. for a determination under paragraph 36(1)(a) of the IRPA which provided (and still provides) that a permanent resident is inadmissible for serious criminality if convicted of an offence under federal law punishable by a maximum term of imprisonment of at least ten years or for which a term of imprisonment of more than six months was imposed.

[9] On July 7, 2004, the I.R.B. determined that paragraph 36(1)(a) of the IRPA applied and consequently issued a deportation order against Mr. Lewis under paragraph 45(d) of the IRPA. Mr. Lewis appealed that decision to the IAD under subsections 63(3) and 68(1) of the IRPA. The IAD rendered its decision on November 15, 2005. Citing Mr. Lewis' ties to Canada, the hardship his deportation would cause, his compliance with anger management training, the lack of danger he posed to the public and his limited criminal record, the IAD stayed

membres de la famille de M. Lewis vivent à Toronto, il ne semble y avoir personne d'autre que M. Lewis qui serait disposé et apte à prendre soin de l'enfant à temps plein. Ainsi, le rejet de la demande de report pourrait bien donner concrètement lieu au retrait de l'enfant du Canada puisque le fait qu'elle soit déclarée pupille de l'État semblait la seule autre option possible pour la fillette, ce que M. Lewis n'est pas prêt à voir se produire. L'ASFC a accepté que l'enfant accompagne M. Lewis au Guyana et était prête à acheter les billets pour les deux, M. Lewis et l'enfant.

[7] M. Lewis a un casier judiciaire au Canada. En 1979, il a été déclaré coupable de voies de fait causant des lésions corporelles, condamnation pour laquelle il a bénéficié d'un sursis. En 1985, il a été de nouveau reconnu coupable de voies de fait causant des lésions corporelles et d'un défaut de comparaître, condamnations pour lesquelles il a reçu des amendes et a purgé une courte période d'incarcération (peut-être parce qu'il n'avait pas payé les amendes). En 2003, M. Lewis a été déclaré coupable de voies de fait causant des lésions corporelles une troisième fois et a été condamné à une peine d'emprisonnement de 12 mois avec sursis.

[8] À la suite de sa condamnation de 2003, la question du statut de M. Lewis sur le plan de l'immigration a été renvoyée à la C.I.S.R. aux fins de décision en application de l'alinéa 36(1)a) de la LIPR qui disposait (et dispose toujours) qu'un résident permanent est interdit de territoire pour grande criminalité s'il est reconnu coupable d'une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ou pour laquelle une peine d'emprisonnement de plus de six mois a été imposée.

[9] Le 7 juillet 2004, la C.I.S.R. a conclu que l'alinéa 36(1)a) de la LIPR jouait et, par conséquent, a pris une mesure d'expulsion à l'égard de M. Lewis en vertu de l'alinéa 45d) de la LIPR. M. Lewis a fait appel de cette décision à la SAI en vertu des paragraphes 63(3) et 68(1) de la LIPR. La SAI a rendu sa décision le 15 novembre 2005. Prenant en considération les liens étroits de M. Lewis avec le Canada, les difficultés que son renvoi causerait, sa participation à des séances de formation en gestion de la colère, le fait qu'il ne représente pas un

the deportation order for one year, subject to conditions. These included that Mr. Lewis was required to advise Citizenship and Immigration Canada (CIC) of any change in address and to apply for a valid passport or other travel documents.

[10] Mr. Lewis advised CIC on April 12, 2006 that he intended to move from Edmonton to Yellowknife, but did not actually do so. Instead, he remained in Edmonton and became homeless for several months in late 2006 and early 2007. The CIC office in Yellowknife informed the CIC office in Edmonton that Mr. Lewis had not reported his change of address in Yellowknife. In addition, CIC determined that Mr. Lewis had not applied for a passport. CIC advised the IAD of these facts, and on March 5, 2007 the IAD cancelled the stay and dismissed the appeal of the deportation order. As Mr. Lewis' whereabouts were then unknown to the IAD and CIC, he was not served with a copy of the IAD's decision dismissing the appeal of the deportation order. A warrant for Mr. Lewis' arrest was issued following the reactivation of the deportation order.

[11] Mr. Lewis' daughter was born in 2007. He lived for about three years with the child's mother and the child in Edmonton, but, when the child was removed from the home by child welfare officials, Mr. Lewis left the child's mother to establish his own residence so he could be awarded custody of the child. The Edmonton Family Court of the Provincial Court of Alberta awarded Mr. Lewis sole custody of his daughter on October 6, 2011. Its order made no provision for access or visitation by the child's mother, who did not appear at the custody hearing. Since then, the child has lived with Mr. Lewis and she has had no contact with her mother, who remains incapable of caring for her.

[12] Mr. Lewis came to the attention of the police in October of 2007 in Edmonton when he was identified as a witness to a crime. On November 12, 2007, he was arrested on the strength of the outstanding warrant and was placed briefly in immigration detention. Upon release, Mr. Lewis was subject to conditions, including: (1) to

danger pour le public et son mince casier judiciaire, la SAI a sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion pour une année, sous réserve de conditions. M. Lewis était notamment tenu d'informer Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) de tout changement d'adresse et de faire une demande de passeport valide ou d'autres titres de voyage.

[10] M. Lewis a avisé CIC le 12 avril 2006 qu'il avait l'intention de déménager d'Edmonton à Yellowknife, mais ne l'a finalement pas fait. Il est plutôt demeuré à Edmonton et est devenu un sans-abri pendant plusieurs mois à la fin de 2006 et au début de 2007. Le bureau de CIC à Yellowknife a informé le bureau de CIC à Edmonton que M. Lewis n'avait pas signalé son changement d'adresse à Yellowknife. De plus, CIC a conclu que M. Lewis n'avait pas fait de demande de passeport. CIC a avisé la SAI de ces faits, et, le 5 mars 2007, la SAI a annulé le sursis et a rejeté l'appel relatif à la mesure d'expulsion. Puisque la SAI et CIC ne savaient pas où se trouvait M. Lewis, il n'a pas reçu copie de la décision de la SAI rejetant l'appel de la mesure d'expulsion. Un mandat d'arrêt a été lancé contre M. Lewis à la suite de la réactivation de la mesure d'expulsion.

[11] La fille de M. Lewis est née en 2007. M. Lewis a vécu pendant environ trois ans avec la mère de l'enfant et l'enfant à Edmonton, mais, lorsque les responsables de la protection de l'enfance ont retiré l'enfant aux parents, M. Lewis a quitté la mère pour établir sa propre résidence afin de pouvoir obtenir la garde de l'enfant. Le Tribunal de la famille d'Edmonton de la Cour provinciale de l'Alberta a accordé à M. Lewis la garde exclusive de sa fille le 6 octobre 2011. L'ordonnance ne contenait aucune disposition d'accès ou de visite pour la mère de l'enfant, qui n'a pas comparu à l'audience relative à la garde. L'enfant vit avec M. Lewis depuis ce temps et elle n'a eu aucun contact avec sa mère, qui reste incapable de s'occuper d'elle.

[12] M. Lewis a retenu l'attention de la police en octobre 2007 à Edmonton au moment où il a été identifié comme témoin d'un crime. Le 12 novembre 2007, il a été arrêté sur la foi du mandat non exécuté et a été placé en détention pour une courte période. M. Lewis a obtenu une libération à condition, notamment : 1) de fournir

provide an address and notice of any changes to it to officials and (2) to report to a CBSA officer regularly. He has only partially complied with the reporting condition.

[13] Following his arrest, Mr. Lewis was not funnelled into the pre-removal risk assessment (PRRA) process (the usual next step in removing someone in his situation from Canada) because he had no Guyanese identification that would have allowed for the ready issuance of a passport or travel documents by Guyana. He remained in limbo until late 2013.

[14] In August 2013, with the knowledge of the CBSA, Mr. Lewis moved to Toronto to be closer to his own family. His daughter attends school in Toronto, and Mr. Lewis has a network of family and friends that support him in caring for her. In the affidavit he filed in support of his deferral request, Mr. Lewis deposed that he has done everything in his power to help his daughter preserve her links with her Aboriginal culture. The child's teacher, who is also a member of a First Nation, is supportive, and the child attends an afterschool First Nations Study Program offered by the school board, where she has learned about indigenous cultures and has met others of indigenous heritage. Mr. Lewis says that he is hoping to bring his daughter to the Northwest Territories to visit her maternal relatives, but has not been permitted by the CBSA to leave Toronto.

[15] On September 26, 2013, Guyanese officials informed the CBSA that travel documents had been approved for Mr. Lewis. He was convened to a PRRA interview on November 12, 2013, and shortly thereafter a Senior Immigration Officer denied the PRRA application because Mr. Lewis could not demonstrate that he fell within the criteria outlined in section 97 of the IRPA. At the time and currently, that section provides in relevant part:

**Person in need of protection**

**97 (1)** A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of

une adresse et un avis de tout changement aux autorités et 2) de se présenter régulièrement devant un agent de l'ASFC. Il n'a que partiellement respecté la deuxième condition.

[13] Après son arrestation, M. Lewis n'a pas fait l'objet d'une évaluation des risques avant renvoi (ERAR) (l'étape suivante habituelle du processus de renvoi du Canada de quelqu'un dans sa situation) parce qu'il n'avait pas de documents d'identité du Guyana permettant la délivrance rapide d'un passeport ou de titres de voyage par le Guyana. Sa situation est restée en suspens jusqu'à la fin de 2013.

[14] En août 2013, au su de l'ASFC, M. Lewis a déménagé à Toronto pour se rapprocher de sa propre famille. Sa fille va à l'école à Toronto, et M. Lewis dispose d'un réseau de parents et d'amis qui l'aident à prendre soin d'elle. Par l'affidavit qu'il a produit à l'appui de sa demande de report, M. Lewis a déclaré qu'il a tout fait en son pouvoir pour aider sa fille à préserver ses liens avec sa culture autochtone. L'enseignant de l'enfant, qui est aussi membre d'une Première Nation, lui apporte un soutien, et l'enfant est inscrite à un Programme d'étude des Premières Nations après l'école dispensé par la commission scolaire dans le cadre duquel elle étudie les cultures autochtones et a rencontré d'autres personnes d'origine autochtone. M. Lewis affirme qu'il espérait emmener sa fille aux Territoires du Nord-Ouest pour rendre visite à sa famille maternelle, mais que l'ASFC ne l'a pas autorisé à quitter Toronto.

[15] Le 26 septembre 2013, les autorités du Guyana ont informé l'ASFC que les titres de voyage de M. Lewis avaient été approuvés. Il a été convoqué à une entrevue relative à l'ERAR le 12 novembre 2013 et, peu de temps après, l'agent principal d'immigration a rejeté la demande d'ERAR parce que M. Lewis n'a pas pu démontrer qu'il répondait aux critères énoncés à l'article 97 de la LIPR. À l'époque, cet article contenait, et contient toujours, les dispositions pertinentes suivantes :

**Personne à protéger**

**97 (1)** A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle

nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally

**(a)** to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or

**(b)** to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment....

[16] On July 11, 2014, Mr. Lewis was notified that his removal would occur on August 1, 2014. In response, he retained legal aid counsel and filed three applications in late July 2014: (1) an application to re-open his appeal before the IAD of the deportation order, (2) an application for permanent resident status on H&C grounds under section 25 of the IRPA and (3) a request to defer his removal under section 48 of the IRPA.

[17] On July 28, 2014, the CBSA Enforcement Officer dismissed Mr. Lewis' deferral request. This is the decision which gives rise to the present appeal.

[18] On the day of his scheduled removal, Mr. Lewis moved before the Federal Court for a stay of removal pending resolution of three applications (to re-open the IAD appeal, the H&C application and the judicial review of the deferral decision). The Federal Court granted the stay pending the decision of the Federal Court in the judicial review application and pending the decision of the IAD on the request to re-open the appeal of the deportation order.

[19] On October 15, 2014, the IAD dismissed the request to re-open the appeal of the deportation order [2014 CanLII 99082], finding there had been no denial of procedural fairness as Mr. Lewis failed to keep the IAD advised of his whereabouts.

[20] As noted, the Federal Court dismissed Mr. Lewis' judicial review application from the Enforcement Officer's deferral decision on November 25, 2015. Consequent with the dismissal of the judicial review application, the Federal Court's stay order ceased to

n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée :

**a)** soit au risque, s'il y a des motifs sérieux de le croire, d'être soumise à la torture au sens de l'article premier de la Convention contre la torture;

**b)** soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités [...]

[16] Le 11 juillet 2014, M. Lewis a été avisé que son renvoi aurait lieu le 1<sup>er</sup> août 2014. En réponse, il a retenu les services de l'aide juridique et a déposé trois demandes à la fin juillet 2014 : 1) une demande de réouverture de son appel relatif à la mesure de renvoi devant la SAI, 2) une demande de résidence permanente pour des motifs humanitaires prévue à l'article 25 de la LIPR et 3) une demande de report de son renvoi imposé en vertu de l'article 48 de la LIPR.

[17] Le 28 juillet 2014, l'agente d'exécution de l'ASFC a rejeté la demande de report de M. Lewis. C'est cette décision qui fait l'objet du présent appel.

[18] À la date prévue pour son renvoi, M. Lewis a présenté une requête en sursis du renvoi devant la Cour fédérale jusqu'à ce qu'il soit statué sur les trois demandes (réouverture de l'appel à la SAI, demande d'ordre humanitaire et contrôle judiciaire de la décision de renvoi). La Cour fédérale a accordé le sursis dans l'attente de la décision de la Cour fédérale concernant la demande de contrôle judiciaire et dans l'attente de la décision de la SAI sur la demande de réouverture de l'appel relatif à la mesure de renvoi.

[19] Le 15 octobre 2014, la SAI a rejeté la demande de réouverture de l'appel relative à la mesure de renvoi [2014 CanLII 99082], concluant qu'il n'y avait eu aucun manquement au principe d'équité procédurale puisque M. Lewis n'avait pas informé la SAI de ses déplacements.

[20] Comme il a été signalé, la Cour fédérale a rejeté le 25 novembre 2015 la demande de contrôle judiciaire de M. Lewis relative à la décision de l'agente d'exécution sur le report du renvoi. Par conséquent, le rejet de la demande de contrôle judiciaire rendait caduc le sursis

operate. It appears as if the respondent has not yet sought to enforce the Enforcement Officer's decision as the appellant was still in Canada when this appeal was argued. As of that date, Mr. Lewis' H&C application had not yet been determined, and the parties concurred that it may still be some time before the H&C application is decided.

## II. The Decisions of the CBSA Enforcement Officer and of the Federal Court

[21] With this background in mind, it is now possible to review in more detail the decisions of the Enforcement Officer and the Federal Court that are the subject of this appeal.

### A. *The Enforcement Officer's Decision*

[22] The Enforcement Officer considered the arguments that Mr. Lewis made in support of the request for a deferral in a brief letter decision, the typical form of decision issued in cases such as this due to the short time frame available for consideration of deferral requests.

[23] The Enforcement Officer commenced her analysis by noting that under section 48 of the IRPA, the CBSA is required to enforce removal orders as soon as possible and that her discretion to grant a deferral was therefore very limited. She went on to determine that Mr. Lewis' then pending application to the IAD did not provide the basis for granting the requested deferral because it had not been made in a timely fashion. She also noted that the application would not bar Mr. Lewis' removal as it could still be considered by the IAD even if he were removed from Canada.

[24] The Enforcement Officer then turned to the pending H&C application and noted that it, too, had not been made in a timely fashion and therefore was not a bar to removing Mr. Lewis from Canada. The Enforcement Officer also held that it was beyond her authority to conduct an adjunct H&C evaluation.

du renvoi prononcé par la Cour fédérale. Il semble que l'intimé n'ait pas encore cherché à faire respecter la décision de l'agente d'exécution puisque l'appelant était toujours au Canada quand le présent appel a été entendu. À ce jour, il n'a pas encore été statué sur la demande pour motifs humanitaires de M. Lewis, et il n'est pas controversé entre les parties qu'il faudra encore un certain temps avant qu'une décision soit rendue.

## II. Les décisions de l'agente d'exécution de l'ASFC et de la Cour fédérale

[21] Dans ce contexte, il est désormais possible d'examiner plus en détail les décisions de l'agente d'exécution et de la Cour fédérale qui font l'objet du présent appel.

### A. *Décision de l'agente d'exécution*

[22] L'agente d'exécution a examiné les arguments que M. Lewis a présentés à l'appui de la demande de report dans une brève décision-lettre, la forme typique de décision rendue dans les affaires de ce type en raison des échéances serrées applicables à l'examen des demandes de report.

[23] L'agente d'exécution a commencé son analyse en notant qu'aux termes de l'article 48 de la LIPR, l'ASFC est tenue d'exécuter les mesures de renvoi dès qu'il est raisonnablement possible de le faire et que le pouvoir discrétionnaire lui permettant d'accorder un report était donc très restreint. Elle a ensuite conclu que la demande de M. Lewis en cours à la SAI ne faisait état d'aucun fondement appelant l'octroi du report demandé parce qu'elle n'avait pas été faite en temps utile. Elle a également noté que la demande n'empêcherait pas le renvoi de M. Lewis puisque la SAI pourrait toujours examiner sa demande même s'il était renvoyé du Canada.

[24] L'agente s'est alors penchée sur la demande pour motifs d'ordre humanitaire et a noté que cette demande n'avait pas non plus été faite en temps utile et ne faisait donc pas obstacle au renvoi de M. Lewis du Canada. L'agente a ensuite déclaré que procéder à une évaluation complémentaire de la demande pour motifs d'ordre humanitaire outrepasserait sa compétence.



[25] In terms of the impact of the removal on Mr. Lewis, the Enforcement Officer noted that separation from family is often the unfortunate consequence of the removals process and therefore was not on its own a basis for granting the requested deferral. The Enforcement Officer also stated that she felt that the separation of Mr. Lewis from his family members might be temporary and was not satisfied that he had demonstrated he would be unable to rely on his work experience in Canada to obtain gainful employment “immediately upon arrival in Guyana”.

[26] The Enforcement Officer next considered the impact of the removal on Mr. Lewis’ daughter, noting that her authority was limited to considering the short-term impact of removal on the child’s best interests. In assessing those interests, the Enforcement Officer accepted that the child would be accompanying her father to Guyana and therefore stated that she was “confident that his care and support will attenuate any period of adjustment [the child] may experience after she has departed Canada”.

[27] In terms of the importance of the child’s maintaining a connection with her indigenous culture, the Enforcement Officer dismissed this concern in a single paragraph that states as follows:

I acknowledge that [the child’s] aboriginal heritage is of critical importance to her and also to her Father. I am not satisfied, however, that counsel’s submissions establish that Mr. Lewis’ removal from Canada will prevent [the child] from maintaining a close connection with her Aboriginal community, its culture and traditions. I note, for instance, that [the child] may return to Canada at any time to participate in “dances, pow wows, speakers and special events, as well as native Aboriginal centres and Native art shows,” referred to by her Father in his affidavit, and also note that she may enter Canada whenever her legal guardian permits it to visit her mother, her mother’s family and the Gwich’in band in Yellowknife. [Emphasis in original.]

[28] The Enforcement Officer concluded her analysis by noting Mr. Lewis’ criminal convictions and immigration history, including his failures in attending at the

[25] En ce qui concerne les conséquences du renvoi pour M. Lewis, l’agente a noté que la séparation de la famille est souvent la conséquence malheureuse du processus de renvoi, mais ne justifie pas en soi le report demandé. L’agente d’exécution a également déclaré qu’elle estimait que la séparation de M. Lewis d’avec les membres de sa famille pouvait être temporaire et qu’elle n’était pas convaincue qu’il avait démontré qu’il serait incapable de s’appuyer sur son expérience de travail au Canada afin d’obtenir un emploi rémunérateur [TRADUCTION] « dès son arrivée au Guyana ».

[26] L’agente d’exécution a ensuite examiné les répercussions du renvoi pour la fille de M. Lewis, notant que son pouvoir se limitait à l’examen de l’incidence à court terme du renvoi sur l’intérêt supérieur de l’enfant. Dans l’appréciation de cet intérêt, l’agente d’exécution a accepté que l’enfant accompagne son père au Guyana et a donc déclaré qu’elle était convaincue que les bons soins de son père atténueront toute période d’adaptation à laquelle l’enfant peut être confrontée après avoir quitté le Canada.

[27] En ce qui a trait à l’importance que revêt pour l’enfant le maintien d’un lien avec sa culture autochtone, l’agente d’exécution a rejeté cette préoccupation dans un seul paragraphe, ainsi rédigé :

[TRADUCTION] Je reconnais que le patrimoine autochtone [de l’enfant] revêt une grande importance pour elle et pour son père. Je ne suis cependant pas convaincue que les arguments de l’avocat démontrent que le renvoi de M. Lewis du Canada empêchera [l’enfant] de maintenir des liens étroits avec sa communauté autochtone et avec sa culture et ses traditions. Je constate par exemple que [l’enfant] peut rentrer au Canada en tout temps pour participer à « des danses, des pow-wows, des conférences, des événements spéciaux, des activités organisées par des centres autochtones et des foires artisanales autochtones » que son père a mentionnés dans son affidavit et je constate également qu’elle peut revenir au Canada chaque fois que son tuteur légal le lui permet pour rendre visite à sa mère, à la famille de sa mère et aux membres de la bande Gwich’in à Yellowknife. [Souligné dans l’original.]

[28] L’agente d’exécution a conclu son analyse en soulignant les condamnations pénales et les antécédents en matière d’immigration de M. Lewis, notamment

bond reporting centre following his release from immigration detention. In light of all these considerations, the Enforcement Officer concluded that a further deferral of Mr. Lewis' removal was not appropriate and thus dismissed his application under section 48 of the IRPA.

B. *The Decision of the Federal Court*

[29] Mr. Lewis raised before the Federal Court issues similar to those he raises before us, namely that the Enforcement Officer's decision contravened his child's rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter) and that the Enforcement Officer's treatment of the child's best interests was unreasonable. The Federal Court held that the reasonableness standard applied to its review of both issues.

[30] As concerns the Charter issue, the Federal Court held that there was nothing in the child's aboriginal status that would give rise to a protected interest under section 7, especially since there was no order that she be removed from Canada. The Court also rejected Mr. Lewis' contention that the principles from *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, (1999), 171 D.L.R. (4th) 385 (*Gladue*); *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433 (*Ipeelee*) and *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167 (*Anderson*) should be applied, with necessary modifications, to the child's situation.

[31] These cases, which arise in the criminal context, concern paragraph 718.2(e) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (*Criminal Code*). That provision requires a Court in setting a sentence to consider "all available sanctions, other than imprisonment, that are reasonable in the circumstances ... with particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders". In *Gladue*, *Ipeelee* and *Anderson*, the Supreme Court of Canada undertook a detailed review of the historical disadvantage and discrimination that indigenous people have endured in Canada. The Court held that paragraph 718.2(e) of the *Criminal Code* requires a sentencing court to give due consideration to the systemic factors that contribute to the over-representation of indigenous

ses omissions de se présenter au Centre de contrôle-cautionnements après avoir été remis en liberté après sa mise en détention par les autorités de l'immigration. À la lumière de toutes ces considérations, l'agente d'exécution a conclu que le report du renvoi de M. Lewis n'était pas indiqué et a par conséquent rejeté sa demande présentée au titre de l'article 48 de la LIPR.

B. *La décision de la Cour fédérale*

[29] M. Lewis a soulevé devant la Cour fédérale des questions similaires à celles qu'il soulève devant nous, à savoir que la décision de l'agente d'exécution porte atteinte aux droits de son enfant garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) et que l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant par l'agente était déraisonnable. La Cour fédérale a conclu que la norme de la décision raisonnable s'appliquait à l'examen de ces deux questions.

[30] En ce qui concerne la question relative à la Charte, la Cour fédérale a conclu que le statut autochtone de l'enfant ne mettait en jeu aucun intérêt protégé par l'article 7, notamment du fait qu'elle n'était pas visée par une mesure de renvoi du Canada. La Cour a également rejeté la thèse de M. Lewis voulant que doivent s'appliquer à la situation de l'enfant, avec les modifications nécessaires, les principes des arrêts *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688 (*Gladue*); *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433 (*Ipeelee*) et *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167 (*Anderson*).

[31] Cette jurisprudence, qui se rapporte à des affaires pénales, concerne l'alinéa 718.2e) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (*Code criminel*). L'alinéa 718.2e) exige que la Cour examine « plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones ... toutes les sanctions substitutives qui sont raisonnables dans les circonstances et qui tiennent compte du tort causé aux victimes ou à la collectivité ». À l'occasion des affaires *Gladue*, *Ipeelee* et *Anderson*, la Cour suprême du Canada a entrepris l'examen détaillé des injustices historiques et de la discrimination que les autochtones ont vécue au Canada. La Cour a conclu que l'alinéa 718.2e) du *Code criminel* exige que le juge chargé de la détermination de la peine tienne compte des

offenders in the criminal justice system and, to the extent possible, to craft sentences that are sensitive to the experiences of indigenous offenders in light of these factors, including by considering approaches to correction other than incarceration if they are appropriate and available. In this matter, the Federal Court held that these principles have no application in the immigration context.

[32] As concerns the best interests of the child, the Federal Court found the Enforcement Officer's treatment of the issue to be reasonable largely because the Court held that it was premature to assume that the child would be leaving Canada with her father when he is removed to Guyana.

[33] The Federal Court therefore dismissed the judicial review application.

### III. Preliminary Issue—the Appropriateness of the Certified Questions

[34] The respondent raises a preliminary objection to this Court's jurisdiction to hear this appeal, asserting that the Federal Court improperly certified questions under section 74 of the IRPA in the present case. The respondent thus requests that this appeal be dismissed for want of jurisdiction.

[35] Section 74 of the IRPA sets out the conditions necessary for this Court to have jurisdiction to hear an appeal from a decision of the Federal Court in a case such as this and provides in relevant part that an appeal to this Court may only be made if, in rendering judgment, the Federal Court "certifies that a serious question of general importance is involved and states the question".

[36] The case law of this Court establishes that in order for a question to be properly certified under section 74 of the IRPA, and therefore for this Court to have jurisdiction to hear an appeal, the question certified by the Federal Court must be dispositive of the appeal, must transcend the interests of the parties and must raise an issue of broad significance or general importance. In

facteurs systémiques qui contribuent à la surreprésentation des délinquants issus des peuples autochtones dans le système de justice pénale et, dans la mesure du possible, adapte les sanctions à la situation des délinquants autochtones à la lumière de ces facteurs, notamment par l'examen d'approches autres que l'incarcération si elles sont opportunes et possibles. Dans la présente affaire, la Cour fédérale a conclu que ces principes ne jouent pas en matière d'immigration.

[32] En ce qui concerne l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour fédérale a conclu que l'analyse de l'agente d'exécution était raisonnable, en grande partie parce que la Cour a jugé qu'il était prématuré de supposer que l'enfant quitterait le Canada avec son père quand il sera renvoyé au Guyana.

[33] La Cour a donc rejeté la demande de contrôle judiciaire.

### III. Question préliminaire — l'opportunité des questions certifiées

[34] L'intimé soulève une objection préliminaire quant à la compétence de notre Cour pour entendre le présent appel, affirmant que la Cour fédérale avait incorrectement certifié les questions en vertu de l'article 74 de la LIPR dans la présente instance. L'intimé a donc demandé que le présent appel soit rejeté pour défaut de compétence.

[35] L'article 74 de la LIPR recense les conditions nécessaires pour que notre Cour ait compétence pour entendre l'appel d'une décision de la Cour fédérale dans une affaire comme celle dont est saisie notre Cour et dispose, dans le passage pertinent, qu'une décision n'est susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale « que si le juge certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci ».

[36] La jurisprudence de notre Cour enseigne que, pour qu'une question soit dûment certifiée aux termes de l'article 74 de la LIPR, et que la Cour ait compétence pour entendre l'appel, la question certifiée par la Cour fédérale doit être déterminante quant à l'issue de l'appel, transcender les intérêts des parties au litige et porter sur des questions ayant des conséquences

consequence, the question must have been dealt with by the Federal Court and must necessarily arise from the case itself (as opposed to arising out of the way in which the Federal Court may have disposed of the case): *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 168, [2014] 4 F.C.R. 290, 446 N.R. 382, at paragraph 9; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, at paragraphs 28 and 29; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Zazai*, 2004 FCA 89, 318 N.R. 365 (*Zazai*), at paragraphs 11 and 12; and *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4, [1994] F.C.J. No. 1637 (QL) (C.A.), at paragraph 4.

[37] The case law further recognizes that once a question has been properly certified, this Court may consider any issue in the appeal and is not limited to considering only the question(s) certified: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 (*Baker*), at paragraph 12; *Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 178, 485 N.R. 186 (*Mudrak*), at paragraph 19; and *Zazai*, at paragraph 10.

[38] The respondent says that the two questions certified by the Federal Court in this case are improper as the circumstances of Mr. Lewis and his daughter are very uncommon and it is unlikely that another child of indigenous heritage would ever find him or herself subject to being forced to leave Canada along with an inadmissible custodial parent who is being removed by the CBSA. The respondent therefore submits that the questions certified by the Federal Court do not raise issues of broad significance or general importance. In support of this assertion, the respondent points to the fact that the issues raised in the present appeal have not been the subject of prior consideration in the case law.

[39] In my view, the fact that these issues have not been the subject of prior consideration in the case law does not mean that they arise infrequently or cannot be the subject of a proper question under section 74 of the IRPA. Indeed, for a question to be one of general importance under section 74 of the IRPA, it cannot have been previously settled by the decided case law: *Mudrak*,

importantes ou qui sont de portée générale. En corollaire, la question doit avoir été discutée par la Cour fédérale et elle doit découler de l'affaire elle-même, et non des motifs du juge (ou de la manière dont la Cour fédérale peut avoir tranché l'affaire) : *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 168, [2014] 4 R.C.F. 290, au paragraphe 9; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129, aux paragraphes 28 et 29; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Zazai*, 2004 CAF 89 (*Zazai*), aux paragraphes 11 et 12; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage*, [1994] A.C.F. n° 1637 (QL) (C.A.), au paragraphe 4.

[37] La jurisprudence reconnaît en outre qu'une fois qu'une question a été dûment certifiée, notre Cour peut examiner toute question en litige dans l'appel sans se borner à n'examiner que la question, ou les questions, ayant fait l'objet de la certification : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*), au paragraphe 12; *Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 178 (*Mudrak*), au paragraphe 19; *Zazai*, au paragraphe 10.

[38] L'intimé affirme que les deux questions ont été certifiées à tort par la Cour fédérale dans la présente affaire puisque la situation de M. Lewis et de sa fille est peu commune et qu'il est peu probable qu'un autre enfant d'origine autochtone soit obligé de quitter le Canada avec un parent interdit de territoire qui en a la garde et qui fait l'objet d'une mesure de renvoi par l'ASFC. L'intimé soutient donc que les questions certifiées par la Cour fédérale ne soulèvent pas de questions de grande importance ou de portée générale. À l'appui de cette affirmation, l'intimé souligne le fait que les questions soulevées dans le présent appel n'ont jamais fait l'objet de discussions dans la jurisprudence.

[39] À mon avis, le fait que ces questions n'aient jamais fait l'objet de discussions dans la jurisprudence ne signifie pas qu'elles se présentent rarement ou qu'elles ne peuvent pas être dûment certifiées en vertu de l'article 74 de la LIPR. En effet, pour qu'une question soit d'importance générale aux termes de l'article 74 de la LIPR, elle ne peut pas avoir déjà été tranchée dans la

at paragraph 36; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Amado-Cordeiro*, 2004 FCA 120, 320 N.R. 319. Thus, all properly certified questions lack decided binding authority.

[40] In the absence of any evidence before us as to how frequently situations like that of Mr. Lewis and his daughter might actually arise, I am not prepared to conclude that the Federal Court improperly certified the questions in this case. Thus, I would dismiss the respondent's preliminary objection.

#### IV. The Appeal on the Merits

[41] Moving on to consider the appeal on the merits, as this is an appeal from a decision of the Federal Court in a judicial review application, the standard of review we are to apply is prescribed by the Supreme Court of Canada in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45–47. That standard requires an appellate court to step into the shoes of the trial court, determine whether that court selected the appropriate standard of review and, if so, assess whether it applied that standard correctly. Thus, we are in effect called upon to re-conduct the required judicial review analysis.

##### A. *The Standard of Review*

[42] In terms of the first portion of the foregoing inquiry—determining whether the Federal Court selected the appropriate standard of review—I agree with the Federal Court that the reasonableness standard applies to the review of the Enforcement Officer's decision in its entirety, including the assessment of whether that decision violates section 7 of the Charter.

[43] It is well-settled that the reasonableness standard applies generally to the review of decisions made by enforcement officers under section 48 of the IRPA: *Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 286, [2012] 2 F.C.R. 133, 343 D.L.R. (4th)

jurisprudence : *Mudrak*, au paragraphe 36; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Amado-Cordeiro*, 2004 CAF 120. Ainsi, toutes les questions certifiées à bon droit ne bénéficient d'aucune source jurisprudentielle.

[40] En l'absence de tout élément de preuve portant sur la fréquence des cas comme celui de M. Lewis et de sa fille, je ne suis pas prête à conclure que la Cour fédérale a certifié à tort les questions soulevées dans cette affaire. Par conséquent, je rejeterais l'objection préliminaire de l'intimé.

#### IV. L'appel sur le fond

[41] Passant à l'examen de l'appel sur le fond, puisqu'il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale relative à une demande de contrôle judiciaire, nous appliquerons la norme de contrôle consacrée par la Cour suprême du Canada 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. Cette norme exige que la cour d'appel se substitue au juge de première instance, recherche si ce dernier a retenu la norme de contrôle appropriée et, dans l'affirmative, décide s'il a appliqué cette norme correctement. Ainsi, nous sommes appelés à reprendre l'analyse requise dans la procédure en contrôle judiciaire.

##### A. *La norme de contrôle*

[42] Pour ce qui est de la première partie de cette analyse — rechercher si la Cour fédérale a choisi la norme de contrôle appropriée — je retiens la conclusion de la Cour fédérale portant que la norme de la décision raisonnable s'applique à l'examen de la décision de l'agente d'exécution dans son intégralité, y compris l'examen de la question de savoir si cette décision est contraire à l'article 7 de la Charte.

[43] Le droit est bien fixé : la norme de la décision raisonnable joue généralement en matière d'examen des décisions prises par des agents d'exécution en vertu de l'article 48 de la LIPR : *Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 286, [2012] 2

128 (*Shpati*), at paragraph 27; *Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FCA 81, [2010] 2 F.C.R. 311 (*Baron*), at paragraph 25. As for the Charter issue, where, like here, the issue involves consideration of whether a discretionary decision of an administrative decision-maker respects Charter values, the Supreme Court of Canada has determined that the reasonableness standard likewise applies: *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613, at paragraphs 3, 4 and 32; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, at paragraphs 57 and 58. Thus, the Enforcement Officer's decision is to be reviewed for reasonableness.

### B. *The Arguments on Appeal*

[44] Mr. Lewis and the intervener make three principal arguments in support of the request to set aside the Enforcement Officer's decision.

[45] They first say that the decision of the Supreme Court of Canada in *Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909 (*Kanthisamy*) must be understood as having overtaken the decided authority of this Court regarding the depth of consideration that CBSA enforcement officers are required to give to the best interests of children in deciding whether or not to grant a deferral of a removal order under section 48 of the IRPA.

[46] The previous judgments of this Court in *Baron*, at paragraphs 49–51 and *Shpati*, at paragraph 45 stand for the proposition that an enforcement officer considering an application to defer a removal order under section 48 of the IRPA is not entitled to conduct what would amount to a full-blown consideration of an applicant's interests as would occur in an H&C application made under section 25 of the IRPA. This is equally so where the interests of children are invoked: *Baron*, at paragraph 57; *Langner v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1995), 184 N.R. 230, 29 C.R.R. (2d) 184 (F.C.A.) (*Langner*).

R.C.F. 133 (*Shpati*), au paragraphe 27; *Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CAF 81, [2010] 2 R.C.F. 311 (*Baron*), au paragraphe 25. Quant à la question relative à la Charte, lorsque, comme en l'espèce, il faut décider si la décision discrétionnaire d'un décideur administratif respecte les valeurs de la Charte, la Cour suprême du Canada enseigne que la norme de la décision raisonnable joue également : *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613, aux paragraphes 3, 4 et 32; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, aux paragraphes 57 et 58. Ainsi, la décision de l'agente d'exécution doit être examinée selon le critère de la raisonabilité.

### B. *Les thèses présentées en appel*

[44] M. Lewis et l'intervenante présentent trois principales thèses à l'appui de la demande d'annulation de la décision de l'agente.

[45] Ils soutiennent d'abord que la jurisprudence de la Cour suprême du Canada *Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909 (*Kanthisamy*), doit être interprétée comme ayant succédé à la jurisprudence de notre Cour concernant la portée de l'examen que les agents de l'ASFC sont tenus de consacrer à l'intérêt supérieur des enfants pour décider ou non d'accorder le report de la mesure de renvoi prévue à l'article 48 de la LIPR.

[46] La jurisprudence antérieure de notre Cour — *Baron*, aux paragraphes 49 à 51 et *Shpati*, au paragraphe 45 — enseigne que l'agent d'exécution examinant la demande de report de la mesure de renvoi prévue à l'article 48 de la LIPR n'est pas habilité à mener ce qui équivaldrait à un véritable examen de l'intérêt d'un demandeur, comme ce serait le cas à l'égard d'une demande pour motifs humanitaires présentée en vertu de l'article 25 de la LIPR. C'est également le cas lorsque les intérêts d'enfants sont invoqués : *Baron*, au paragraphe 57; *Langner c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 469 (QL) (C.A.) (*Langner*).

[47] Mr. Lewis and the intervener say that this case law has been overtaken by *Kanhasamy*, which they submit mandates a much more fulsome consideration of the best interests of children affected by a request to defer the removal of their parent(s) from Canada. In support of this argument, they say that both the reasoning of the Supreme Court in *Kanhasamy* and paragraph 3(3)(f) of the IRPA require that all decision makers under the IRPA comply with the United Nations *Convention on the Rights of the Child* [November, 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3] (the Children’s Convention [or Convention]). They further submit that this Convention requires that no decision made under the IRPA that impacts children, including rulings on deferral requests under section 48, can be made until the children’s best interests are thoroughly examined and given priority consideration. As this did not occur in the present case, they say the Enforcement Officer’s decision must be set aside.

[48] Mr. Lewis goes further and submits that the requisite analysis is not one that can actually be undertaken by CBSA enforcement officers given their limited mandate. In other words, because enforcement officers do not have the authority under section 48 to make complex decisions involving children in a manner consistent with *Kanhasamy*, any such decision would be incomplete and therefore unreasonable. As a consequence, Mr. Lewis argues that he was entitled to have his removal deferred until his pending H&C application is decided on the merits. This is because it is only at this point that the requisite analysis of the impact of his removal on his daughter’s best interests can be undertaken.

[49] Mr. Lewis secondly submits that the principles in *Gladue*, *Ipeelee* and *Anderson* (which I collectively call the “*Gladue* principles”) apply outside the criminal sentencing context, pointing to a number of cases in support of this argument: *United States of America v. Leonard*, 2012 ONCA 622, 112 O.R. (3d) 496; *R. v. Robinson*, 2009 ONCA 205, 95 O.R. (3d) 309; *Frontenac Ventures Corporation v. Ardoch Algonquin First Nation*, 2008

[47] M. Lewis et l’intervenante soutiennent que cette jurisprudence ne fait plus autorité vu la jurisprudence *Kanhasamy*, qui, selon eux, appelle un examen beaucoup plus approfondi de l’intérêt supérieur des enfants touchés par la demande de report de la mesure de renvoi du Canada imposée à leur(s) parent(s). À l’appui de cette thèse, ils disent que le raisonnement de la Cour suprême à l’occasion de l’affaire *Kanhasamy* et l’alinéa 3(3)f) de la LIPR exigent que tous les décideurs, en appliquant la LIPR, se conforment à la *Convention relative aux droits de l’enfant* [20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3] des Nations Unies (la Convention). Ils affirment en outre que la Convention exige qu’aucune décision de mise en œuvre de la LIPR ayant des répercussions sur les enfants, dont les décisions relatives aux demandes de report de la mesure de renvoi prévue à l’article 48, ne puisse être prise sans que l’intérêt supérieur des enfants soit soigneusement examiné et pris en considération de façon prioritaire. Comme cela ne s’est pas produit dans la présente affaire dont notre Cour est saisie, ils soutiennent que la décision de l’agente d’exécution doit être annulée.

[48] M. Lewis va plus loin et soutient que l’analyse requise n’en est pas une qui peut être entreprise par les agents d’exécution de l’ASFC compte tenu de leur mandat limité. En d’autres termes, puisque l’article 48 ne confère pas aux agents d’exécution l’autorité compétente pour prendre à l’égard d’enfants des décisions complexes conformes à la jurisprudence *Kanhasamy*, une telle décision sera incomplète et donc déraisonnable. En conséquence, M. Lewis soutient qu’il avait le droit d’obtenir le report de son renvoi jusqu’à ce que sa demande d’ordre humanitaire ait été entendue sur le fond. Il soutient qu’il en est ainsi puisque c’est seulement à ce stade que l’analyse des répercussions de son renvoi sur l’intérêt supérieur de sa fille peut être entreprise.

[49] M. Lewis fait d’autre part valoir que les principes consacrés par les arrêts *Gladue*, *Ipeelee* et *Anderson* (que j’appelle collectivement la « doctrine *Gladue* ») ne jouent pas uniquement en matière de détermination de la peine dans le domaine pénal, invoquant la jurisprudence allant dans le sens de cette thèse : *United States of America v. Leonard*, 2012 ONCA 622, 112 O.R. (3d) 496; *R. v. Robinson*, 2009 ONCA 205, 95 O.R. (3d) 309;

ONCA 534, 91 O.R. (3d) 1; *R. v. Sim* (2005), 78 O.R. (3d) 183, 201 C.C.C. (3d) 482 (C.A.); *Twins v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 537, [2017] 1 F.C.R. 79; and *Law Society of Upper Canada v. Terence John Robinson*, 2013 ONLSAP 18 (*Robinson LSUC*) (available on CanLII). He asserts that the *Gladue* principles have quasi-constitutional status and under section 7 of the Charter require that a meaningful and substantive consideration of the impact of his removal on his daughter be undertaken before he is removed from Canada. Once again, he asserts that such consideration can only be undertaken by an H&C officer under section 25 of the IRPA and not by enforcement officers, given the limited scope of their authority under section 48 of the IRPA.

[50] Finally, Mr. Lewis and the intervener submit that the Enforcement Officer's consideration of the best interests of Mr. Lewis' daughter was unreasonable as the Enforcement Officer failed to give adequate consideration to the importance of the child being able to maintain a connection with her indigenous roots and heritage, which she could not do if she were in Guyana. They also say that there is no rational basis for the Enforcement Officer's assumption that the child could return to Canada. The intervener further notes that indigenous children are among the most vulnerable in Canada and that, even if the *Gladue* principles do not apply to applications under the IRPA, an appropriate analysis of the best interests of aboriginal children whose custodial parent is being removed from Canada requires recognition of the situation of such children and of the importance of their maintaining a connection to their culture, community and traditional lands. As none of these points were given adequate consideration by the Enforcement Officer, the intervener submits her decision must be set aside.

### C. *Analysis*

#### (1) *Section 48 Generally*

[51] It is useful to begin by reviewing section 48 of the IRPA and the role this section plays in the overall

*Frontenac Ventures Corporation v. Ardoch Algonquin First Nation*, 2008 ONCA 534, 91 O.R. (3d) 1; *R. v. Sim* (2005), 78 O.R. (3d) 183, 201 C.C.C. (3d) 482 (C.A.); *Twins c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 537, [2017] 1 R.C.F. 79; *Law Society of Upper Canada v. Terence John Robinson*, 2013 ONLSAP 18 (*Robinson LSUC*) (affiché sur CanLII). Il affirme que la doctrine *Gladue* est de nature quasi constitutionnelle et appelle, sur le fondement de l'article 7 de la Charte, un examen approfondi au fond des répercussions de son renvoi sur sa fille avant qu'il soit renvoyé du Canada. Il réitère qu'un tel examen ne peut être effectué que par un agent chargé d'examiner les considérations d'ordre humanitaire (agent CH) en application de l'article 25 de la LIPR et non par des agents d'exécution, étant donné la portée limitée de la compétence qu'ils tirent de l'article 48 de la LIPR.

[50] Enfin, M. Lewis et l'intervenante soutiennent que l'examen de l'intérêt supérieur de la fille de M. Lewis par l'agente d'exécution n'était pas raisonnable puisque l'agente n'a pas suffisamment tenu compte de l'importance pour l'enfant de maintenir un lien avec ses racines et son patrimoine autochtones, ce dont elle serait privée au Guyana. Ils soutiennent également qu'il n'y a aucun fondement rationnel à l'hypothèse émise par l'agente d'exécution voulant que l'enfant puisse revenir au Canada. L'intervenante note en outre que les enfants autochtones sont parmi les plus vulnérables au Canada et que, même si la doctrine *Gladue* ne joue pas quant aux demandes faites en vertu de la LIPR, l'analyse adéquate de l'intérêt supérieur des enfants autochtones dont le parent gardien est renvoyé du Canada appelle la reconnaissance de la situation de ces enfants et de l'importance du maintien d'un lien avec leur culture, leur communauté et leurs terres ancestrales. Étant donné que nul de ces points n'a fait l'objet d'une analyse pertinente par l'agente d'exécution, l'intervenante soutient que sa décision doit être annulée.

### C. *Analyse*

#### 1) *Généralités relatives à l'article 48*

[51] Il est utile de commencer par l'examen de l'article 48 de la LIPR et du rôle que joue cette disposition



context of the IRPA. Section 48 of the IRPA currently provides:

**Enforceable removal order**

**48 (1)** A removal order is enforceable if it has come into force and is not stayed.

**Effect**

**(2)** If a removal order is enforceable, the foreign national against whom it was made must leave Canada immediately and the order must be enforced as soon as possible.

The provision was identical at the time of the Enforcement Officer's decision. Previously, subsection 48(2) was arguably more broadly-worded, requiring that removal orders were to be enforced "as soon as is reasonably practicable" (as opposed to the current requirement for enforcement "as soon as possible").

[52] Requests for deferral, like the one made by Mr. Lewis in this case, are typically made after the applicant has either had—or has had the opportunity to have—more than one hearing before other decision makers under the IRPA. These decision makers are charged with assessing a range of issues, including whether applicants would face a risk of torture or risks to their lives or well-being that prevents their removal to their countries of origin under section 97 (or, where applicable, section 96) of the IRPA or whether H&C grounds militate in favour of their being allowed to stay in Canada. Risk determinations are generally made by the Refugee Protection Division of the I.R.B., in the context of refugee claims, and by PRRA officers, prior to an individual's removal. H&C grounds may be considered by the IAD in the context of a request to stay a removal order, as occurred in Mr. Lewis' case, and may also be considered by ministerial delegates under section 25 of the IRPA.

[53] Several of these processes were open to or utilized by Mr. Lewis. A PRRA officer determined that there would be no risk to Mr. Lewis if he were returned

dans le contexte plus large de la LIPR. L'article 48 dispose à l'heure actuelle :

**Mesure de renvoi**

**48 (1)** La mesure de renvoi est exécutoire depuis sa prise d'effet dès lors qu'elle ne fait pas l'objet d'un sursis.

**Conséquence**

**(2)** L'étranger visé par la mesure de renvoi exécutoire doit immédiatement quitter le territoire du Canada, la mesure devant être exécutée dès que possible.

La disposition était identique au moment où l'agente d'exécution a pris sa décision. On pourrait avancer que le libellé du paragraphe 48(2) était auparavant plus général, exigeant que les mesures de renvoi soient exécutées « dès que les circonstances le permettent » (par opposition à l'exigence actuelle relative à l'exécution « dès que possible »).

[52] Les demandes de report, comme celle présentée par M. Lewis en l'espèce, sont généralement faites après que le demandeur a eu — ou avait eu la possibilité d'avoir — plus d'une audience devant d'autres décideurs pour l'application de la LIPR. Ces décideurs sont chargés de l'appréciation d'un éventail de questions, notamment de rechercher si les candidats seraient exposés à un risque de torture ou à des risques pour leur vie ou leur bien-être qui font obstacle à leur renvoi dans leur pays d'origine pour les raisons énoncées à l'article 97 (ou, selon le cas, à l'article 96) de la LIPR ou si des motifs d'ordre humanitaire militent en faveur d'une autorisation à rester au Canada. L'appréciation du risque est généralement menée par la Section de la protection des réfugiés de la C.I.S.R., dans le cadre d'une demande d'asile, et par les agents d'ERAR, avant le renvoi. Des motifs d'ordre humanitaire peuvent faire l'objet d'un examen par la SAI dans le cadre d'une demande de sursis à une mesure de renvoi, comme dans le cas de M. Lewis, et peuvent également être pris en considération par les délégués du ministre en application de l'article 25 de la LIPR.

[53] Plusieurs de ces voies étaient possibles pour M. Lewis, qui s'est prévalu de certaines. L'agent d'ERAR a conclu qu'il n'y aurait aucun risque pour M. Lewis

to Guyana that would justify his remaining in Canada under section 97 of the IRPA. The IAD originally granted a stay of the removal order on H&C grounds and cancelled that stay only when Mr. Lewis failed to abide by the condition of keeping CIC advised of his whereabouts. At any point thereafter, Mr. Lewis could have applied under section 25 of the IRPA for H&C consideration and invoked the same arguments he made to the CBSA Enforcement Officer. However, he did not avail himself of this option until he was facing removal.

[54] Deferral requests are typically the last application made by those who are not entitled to remain in Canada. In light of this and of the language used by Parliament in section 48 of the IRPA, directing that removal orders be enforced as soon as possible (or formerly as soon as is reasonably practicable), this Court and the Federal Court have long held that the discretion that an enforcement officer may exercise is very limited: *Shpati*, at paragraph 45; *Baron*, at paragraph 51; *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 148, [2001] 3 F.C. 682, at paragraph 45; and *Simoès v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 187 F.T.R. 219, 7 Imm. L.R. (3d) 141 (F.C.T.D.) (*Simoès*), at paragraph 12.

[55] As this Court noted in *Baron* at paragraph 49 (citing with approval from the earlier decision of the Federal Court in *Simoès*):

... the discretion that [an enforcement] officer may exercise is very limited, and ... is restricted to when a removal order will be executed. In deciding when it is “reasonably practicable” for a removal order to be executed, [an enforcement] officer may consider various factors such as illness, other impediments to travelling, and pending H & C applications that were brought on a timely basis but have yet to be resolved due to backlogs in the system.

[56] This Court went on to accept the Federal Court’s further holding in *Simoès* that “the mere existence of an H&C application [does] not constitute a bar to the execution of a valid removal order” and that

s’il était renvoyé au Guyana qui justifierait qu’il reste au Canada au titre de l’article 97 de la LIPR. La SAI a d’abord accordé le sursis à la mesure de renvoi pour des considérations d’ordre humanitaire et n’a annulé ce sursis que lorsque M. Lewis a négligé de se conformer à la condition de tenir CIC au courant de ses déplacements. À tout moment par la suite, M. Lewis aurait pu présenter une demande CH au titre de l’article 25 de la LIPR et invoquer les mêmes arguments qu’il avait avancés devant l’agente d’exécution de l’ASFC. Il ne s’est cependant pas prévalu de cette possibilité jusqu’à ce qu’il soit confronté au renvoi.

[54] Le report est généralement la dernière demande faite par des personnes qui n’ont pas le droit de demeurer au Canada. Compte tenu de cette situation et du texte utilisé par le législateur à l’article 48 de la LIPR ordonnant que les mesures de renvoi soient exécutées dès que possible (ou anciennement, dès que les circonstances le permettent), notre Cour et la Cour fédérale ont longtemps jugé que les agents d’exécution disposent de peu de latitude : *Shpati*, au paragraphe 45; *Baron*, au paragraphe 51; *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 148, [2001] 3 C.F. 682, au paragraphe 45; et *Simoès c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2000 CanLII 15668 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (*Simoès*), au paragraphe 12.

[55] Comme la Cour l’a noté à l’occasion de l’affaire *Baron* au paragraphe 49 (citant avec approbation *Simoès*, une jurisprudence antérieure de la Cour fédérale) :

[...] le pouvoir discrétionnaire que l’agent chargé du renvoi peut exercer est fort restreint et [...] il porte uniquement sur le moment où une mesure de renvoi doit être exécutée. En décidant du moment où il est « raisonnablement possible » d’exécuter une mesure de renvoi, l’agent [d’exécution] chargé du renvoi peut tenir compte de divers facteurs comme la maladie, d’autres raisons à l’encontre du voyage et les demandes fondées sur des raisons d’ordre humanitaire qui ont été présentées en temps opportun et qui n’ont pas encore été réglées à cause de l’arriéré auquel le système fait face.

[56] Notre Cour a ensuite retenu l’autre enseignement de la jurisprudence *Simoès* selon lequel : « la simple existence d’une demande CH n’empêchait pas l’exécution d’une mesure de renvoi valide » et que

“an enforcement officer [is] not required to undertake a substantive review of the children’s best interests before executing a removal order” (*Baron*, at paragraph 50). Nor does the fact that the individual being removed is the parent of a Canadian-born child that may accompany the parent back to the country of origin justify deferral; this was precisely the situation in *Baron* and, indeed, is often the case for those who have remained in Canada while their immigration applications are being processed.

[57] Thus, under this well-established line of authority, the mere fact that an H&C application has been made shortly before the removal date by those subject to being removed or the fact that they might take their Canadian-born children with them when they are removed from Canada does not mean that a deferral under section 48 of the IRPA is warranted. Nor is an enforcement officer entitled to engage in a full-blown analysis of the best interests of such children as so doing would usurp the function of H&C officers under section 25 of the IRPA.

[58] That said, the case law of the Federal Court recognizes that an enforcement officer, in appropriate cases, may be required to engage in a truncated consideration of the short-term best interests of children who might be affected by their parents’ removal.

[59] In *Munar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1180, [2006] 2 F.C.R. 664 (*Munar*), de Montigny J. (as he then was) concluded that the narrow discretion prescribed by the previous version of section 48 of the IRPA was not inconsistent with Canada’s obligations under the Children’s Convention both because the Supreme Court of Canada in *Baker* (the seminal case dealing with the principles applicable to assessing children’s best interests in the immigration context) and the Children’s Convention, itself, recognize that the best interests of the child principle is not a trump card that automatically renders any state-driven separation of parent from child unenforceable. Rather, the principle requires consideration be given to the best interests of the children in question, but does not necessarily dictate

« l’agent chargé du renvoi n’est pas tenu d’effectuer un examen approfondi de l’intérêt des enfants avant d’exécuter la mesure de renvoi » (*Baron*, au paragraphe 50). Le fait que l’intéressé susceptible de renvoi est le parent d’un enfant né au Canada qui pourrait accompagner le parent dans le pays d’origine ne justifie pas non plus le report; c’était précisément le cas dans l’affaire *Baron* et, en fait, c’est souvent le cas pour ceux qui restent au Canada alors que leur demande d’immigration est en cours de traitement.

[57] Ainsi, en vertu de la jurisprudence bien établie et de longue date selon laquelle le simple fait qu’une demande CH ait été faite peu avant la date butoir par les personnes susceptibles d’être renvoyées ou le fait qu’elles pourraient emmener leurs enfants nés au Canada avec elles lorsqu’elles seront renvoyées du Canada ne signifie pas que le report de la mesure prévue à l’article 48 de la LIPR est justifié. L’agent d’exécution n’est pas non plus habilité à se livrer à une véritable analyse de l’intérêt supérieur de ces enfants, car cela équivaldrait à usurper la fonction des agents chargés d’examiner les circonstances d’ordre humanitaire en application de l’article 25 de la LIPR.

[58] Cela dit, la jurisprudence de la Cour fédérale reconnaît que l’agent d’exécution, dans certains cas appropriés, peut être tenu de se livrer à une étude de l’intérêt supérieur, à court terme, de l’enfant qui pourrait être touché par le renvoi de ses parents.

[59] À l’occasion de l’affaire *Munar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 1180, [2006] 2 R.C.F. 664 (*Munar*), le juge de Montigny (alors juge de la Cour fédérale) a conclu que le pouvoir discrétionnaire restreint conféré par la version précédente de l’article 48 de la LIPR n’était pas incompatible avec les obligations imposées à l’État canadien par la Convention parce que tant la Cour suprême du Canada — par la jurisprudence *Baker* (l’arrêt faisant autorité en matière de principes applicables à l’évaluation de l’intérêt supérieur des enfants dans le contexte de l’immigration) — que la Convention reconnaissent que le principe de l’intérêt supérieur de l’enfant ne constitue pas une carte maîtresse qui rend la séparation d’un parent et de son enfant imposée par un État automatiquement

particular outcomes (*Munar*, at paragraphs 33 and 34). In the oft-quoted passage at paragraphs 36–40 in *Munar*, Justice de Montigny described the type of assessment required by enforcement officers of the best interests of children whose parent(s) seek to have removal deferred under section 48 of the IRPA:

.... [enforcement] officers cannot be required to undertake a full substantive review of the humanitarian circumstances that are to be considered as part of an H&C assessment. Not only would that result in a “pre H&C application,” ... but it would also duplicate to some extent the real H&C assessment. More importantly, [enforcement] officers have no jurisdiction or delegated authority to determine applications for permanent residence submitted under section 25 of the IRPA. They are employed by the Canada Border Services Agency, an agency under the auspices of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, and not by the Department of Citizenship and Immigration. They are not trained to perform an H&C assessment.

Having said all of this, if the best interest of the child is to be taken seriously, some consideration must be given to [their] fate when one or both of their parents are to be removed from this country. As is often the case, I believe that the solution lies somewhere in between the two extreme positions espoused by the parties. While an absolute bar on the removal of the parent would not be warranted, an approach precluding the [enforcement] officers to give any consideration to the situation of a child would equally be unacceptable.

... the consideration of the best interests of the child is not an all-or-nothing exercise, but should be seen as a continuum. While a full-fledged analysis is required in the context of an H&C application, a less thorough examination may be sufficient when other types of decisions are made. Because of section 48 of the Act and of its overall structure, ... the obligation of [an enforcement] officer to consider the interests of Canadian-born children must rest at the lower end of the spectrum ....

...

.... What [an enforcement officer] should be considering ... are the short-term best interests of the child. For example,

inexécutoire. Ce principe appelle la prise en compte de l'intérêt supérieur des enfants en question, mais n'impose aucune solution particulière (*Munar*, aux paragraphes 33 et 34). Dans le passage souvent cité de la décision *Munar*, aux paragraphes 36 à 40, le juge de Montigny a défini le type requis d'évaluation par les agents d'exécution de l'intérêt supérieur des enfants lorsque les parents sollicitent le report de leur renvoi imposé en vertu de l'article 48 de la LIPR :

[...] on ne peut pas exiger des agents de renvoi qu'ils se livrent à un examen approfondi des motifs humanitaires que l'on doit examiner dans le cadre d'une évaluation CH. Ceci constituerait non seulement une « demande préalable » CH [...] mais il y aurait double emploi jusqu'à un certain point avec la vraie évaluation CH. Ce qui est plus important encore, c'est que les agents [d'exécution] n'ont aucune compétence ou autorité déléguée pour décider d'une demande de résidence permanente présentée en vertu de l'article 25 de la LIPR. Ils sont employés par l'Agence des services frontaliers du Canada, qui est sous la responsabilité du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, et non par le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration. Ils n'ont pas la formation requise pour faire une évaluation CH.

Ceci étant, si on veut prendre au sérieux l'intérêt supérieur de l'enfant, il faut examiner jusqu'à un certain point ce qui lui arriverait si son père ou sa mère ou les deux devaient être renvoyés du Canada. Comme c'est souvent le cas, je crois que la solution se trouve quelque part entre les positions extrêmes adoptées par les parties. Bien qu'il n'y ait pas lieu de décréter un empêchement absolu au renvoi, il serait tout aussi inacceptable d'adopter l'approche où l'agent [d'exécution] n'examine pas du tout la situation de l'enfant.

[...] l'examen de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas une question de tout ou rien, mais bien une question de degré. Alors qu'une analyse approfondie est nécessaire dans le contexte d'une demande CH, un examen moins élaboré peut suffire dans le contexte d'autres décisions à prendre. Au vu de l'article 48 de la Loi, ainsi que de l'économie générale de celle-ci, [...] l'obligation de l'agent [d'exécution] d'examiner l'intérêt des enfants nés au Canada se situe du côté d'un examen moins élaboré [...]

[...]

[...] Il doit tenir compte est l'intérêt supérieur de l'enfant à court terme. Par exemple, il est clair que l'agent

it is certainly within the [enforcement] officer's discretion to defer removal until a child has terminated his or her school year, if he or she is going with his or her parent. Similarly, I cannot bring myself to the conclusion that the [enforcement] officer should not satisfy himself that provisions have been made for leaving a child in the care of others in Canada when parents are to be removed. This is clearly within his mandate, if section 48 of the IRPA is to be read consistently with the *Convention on the Rights of the Child*. To make enquiries as to whether a child will be adequately looked after does not amount to a fulsome H&C assessment and in no way duplicates the role of the immigration officer who will eventually deal with such an application ....

[60] Although *Munar* was a decision on a motion to stay a removal pending an H&C application, Justice de Montigny's reasoning was applied by the Federal Court when it determined Ms. Munar's application for judicial review of the section 48 removal order: *Munar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 761, at paragraphs 18 and 19 (available on CanLII). In addition, the conclusions in *Munar* have been applied by the Federal Court in its judicial review of section 48 decisions involving children: see, e.g. *Nguyen v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FC 225, 51 Imm. L.R. (4th) 147, at paragraph 15 (available on CanLII); *Danyi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FC 112 (*Danyi*), at paragraph 30 (available on CanLII); *Baptiste v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1359, 11 Admin. L.R. (6th) 19, at paragraph 9; *Kampemana v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FC 1060, at paragraphs 33 and 34 (available on CanLII); *Ezquivel v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2014 FC 995, at paragraph 32 (available on CanLII); *Khamis v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 437 (*Khamis*), at paragraph 30 (available on CanLII); *Turay v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 1090, at paragraph 21 (available on CanLII).

[61] Thus, under the existing case law, enforcement officers may look at the short-term best interests of the children whose parent(s) are being removed from

[d'exécution] a le pouvoir discrétionnaire de surseoir au renvoi jusqu'à ce que l'enfant ait terminé son année scolaire, si l'enfant doit quitter avec l'un de ses parents. De la même façon, je ne peux tirer la conclusion que l'agent [d'exécution] ne devrait pas vérifier si des dispositions ont été prises pour que l'enfant qui reste au Canada soit confié aux bons soins d'autres personnes si ses parents sont renvoyés. Il est clair que ceci est dans son mandat, dans la mesure où l'article 48 de la LIPR doit s'accorder avec les dispositions de la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Le fait de s'enquérir de la question de savoir si on s'occupera correctement d'un enfant ne constitue pas une évaluation CH approfondie et ne fait en aucune façon double emploi avec le rôle de l'agent d'immigration qui doit par la suite traiter d'une telle demande [...]

[60] Bien que la décision *Munar* portait sur une demande de sursis à un renvoi jusqu'à ce qu'il soit statué sur une demande CH, le raisonnement du juge de Montigny a été suivi par la Cour fédérale lorsqu'elle a examiné la demande de contrôle judiciaire présentée par M<sup>me</sup> Munar de la mesure de renvoi prononcée en application de l'article 48 : *Munar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 761, aux paragraphes 18 et 19 (affiché sur CanLII). En outre, les conclusions de la décision *Munar* ont été appliquées par la Cour fédérale dans ses décisions relatives à des demandes de contrôle judiciaire présentées à l'encontre de mesures de renvoi prévues à l'article 48 dans les cas où des enfants étaient concernés : voir, p. ex., *Nguyen c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CF 225, au paragraphe 15 (affiché sur CanLII); *Danyi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CF 112 (*Danyi*), au paragraphe 30 (affiché sur CanLII); *Baptiste c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1359, au paragraphe 9; *Kampemana c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 1060, aux paragraphes 33 et 34 (affiché sur CanLII); *Ezquivel c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2014 CF 995, au paragraphe 32 (affiché sur CanLII); *Khamis c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 437 (*Khamis*), au paragraphe 30 (affiché sur CanLII); *Turay c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2009 CF 1090, au paragraphe 21 (affiché sur CanLII).

[61] Ainsi, la jurisprudence actuelle permet à l'agent d'exécution d'examiner l'intérêt supérieur à court terme des enfants lorsque leurs parents font l'objet d'un renvoi

Canada, but cannot engage in a full-blown H&C analysis of such children's long-term best interests.

[62] With this backdrop in mind, I now turn to the arguments advanced by Mr. Lewis and the intervenor in this case.

(2) *The Charter Argument*

[63] It is convenient to first address the Charter argument as it may be disposed of quickly. The starting point for the discussion is what the respondent terms a “foundational principle in the immigration context” (respondent's memorandum of fact and law, at paragraph 55), namely, that section 7 of the Charter does not prevent the removal of non-citizens from Canada if those being removed will not upon return to their country of origin face risks of the sort that would qualify for protection under section 97 of the IRPA: *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539, at paragraph 46; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraphs 5, 78 and 79; and *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli*, [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 289, at page 733. As there is no suggestion that Mr. Lewis would face any such risk, his section 7 Charter rights are not impacted by the removal order. In short, his constitutionally-protected rights to life, liberty and security of the person will not be impacted if he is returned to Guyana.

[64] Nor, in my view, are his child's section 7 Charter rights impacted. There is no suggestion that she would face risk of a type that would prevent removal under section 97 of the IRPA if she were to accompany Mr. Lewis when he is returned to Guyana. Further, this Court has held that the removal of the parent(s) of Canadian-born children to their countries of origin when they are inadmissible to remain in Canada does not engage the children's section 7 interests: *Idahosa v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FCA 418, [2009] 4 F.C.R. 293,

du Canada, mais il ne peut se livrer à une véritable analyse des motifs d'ordre humanitaire quand il s'agit de déterminer l'intérêt supérieur à long terme de ces enfants.

[62] Avec cette toile de fond à l'esprit, je me pencherai sur les moyens avancés en l'espèce par M. Lewis et par l'intervenante.

2) *Le moyen tiré de la Charte*

[63] Il convient d'examiner, en premier lieu, le moyen tiré de la Charte, car il peut être tranché rapidement. Le point de départ de la discussion est ce que l'intimé appelle un [TRADUCTION] « principe fondamental dans le contexte de l'immigration » (exposé des faits et du droit de l'intimé, au paragraphe 55), à savoir que l'article 7 de la Charte ne fait pas obstacle au renvoi du Canada des non-citoyens si ces personnes ne sont pas exposées dans leur pays d'origine à des risques qui les rendraient admissibles à la protection que prévoit l'article 97 de la LIPR : *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539, au paragraphe 46; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, aux paragraphes 5, 78 et 79; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711, 1992 CanLII 87, à la page 733. Puisque rien n'indique que M. Lewis serait exposé à de tels risques, les droits qu'il tire de l'article 7 de la Charte ne sont pas enfreints par la mesure de renvoi. Bref, ses droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne consacrés par la Charte ne seront pas enfreints s'il est renvoyé au Guyana.

[64] Entre outre, à mon avis, les droits que son enfant puise dans l'article 7 de la Charte ne seront pas non plus touchés. Rien ne laisse croire que, si elle devait accompagner M. Lewis au Guyana, elle serait exposée à un type de risque énoncé à l'article 97 de la LIPR qui pourrait proscrire le renvoi. De plus, notre Cour a jugé que le renvoi de parents d'enfants canadiens de naissance dans leur pays d'origine lorsqu'ils sont interdits de territoire au Canada ne portait pas atteinte aux droits des enfants garantis par l'article 7 : *Idahosa c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*,

at paragraph 49; *Langner*, at paragraphs 7–9. Thus, if Mr. Lewis' child were not of indigenous heritage, there would be no basis for asserting that her rights under section 7 of the Charter might be impacted by Mr. Lewis' removal.

[65] I fail to see how the child's indigenous heritage mandates a different conclusion. While her heritage is very significant to the type of analysis required to adequately address her short-term best interests in the context of the removal process (as is more fully discussed below), her heritage does not, of itself, give rise to a Charter-protected interest that prevents her father's removal, and this is not changed by Mr. Lewis' invocation of the *Gladue* principles.

[66] As noted, the *Gladue* principles arise out of paragraph 718.2(e) of the *Criminal Code*, which deals with sentencing and asks courts to consider alternatives to incarceration where possible. Incarceration, by definition, involves the deprivation of liberty, and a carceral sentence must therefore be imposed in accordance with the principles of fundamental justice to be compliant with section 7 of the Charter. Liberty interests are also engaged in the non-sentencing jurisprudence cited by the appellant; a subject faces a risk of pre-trial detention in bail decisions, foreign imprisonment in extradition cases and institutionalisation in not criminally responsible (NCR) disposition cases. Thus, in these types of situations, section 7 of the Charter may well require a *Gladue*-type analysis where the subject of the sanction is of indigenous heritage. Section 7 of the Charter is engaged in such cases because the affected individuals' liberty interests are impacted, not because of their status as indigenous persons.

[67] Here, on the other hand, no section 7 interests are impacted by the removal of Mr. Lewis from Canada to Guyana. Thus, there is no need to inquire whether the removals process accords with fundamental justice as Mr. Lewis' and his daughter's section 7 rights are simply not engaged.

2008 CAF 418, [2009] 4 R.C.F. 293, au paragraphe 49; *Langner*, aux paragraphes 7 à 9. Ainsi, si l'enfant de M. Lewis n'était pas d'ascendance autochtone, rien ne permettrait d'affirmer que les droits qu'elle puise dans l'article 7 de la Charte pourraient être touchés par le renvoi de M. Lewis.

[65] Je ne vois pas comment l'ascendance autochtone de l'enfant impose une conclusion différente. Bien que son ascendance revête une grande importance dans le type d'analyse que nécessite un examen adéquat de son intérêt supérieur à court terme dans le contexte de la procédure de renvoi (j'y reviendrai en détail), son ascendance en soi ne fait intervenir aucun droit protégé par la Charte qui fait obstacle au renvoi de son père, même si M. Lewis invoque la doctrine *Gladue*.

[66] Comme il a été expliqué, la doctrine *Gladue* découle de l'alinéa 718.2e) du *Code criminel* qui porte sur la détermination de la peine et exige que le juge examine les solutions de rechange à l'incarcération, dans la mesure du possible. L'incarcération, par définition, implique la privation de liberté; la peine d'incarcération doit donc être imposée conformément aux principes de justice fondamentale pour être conforme à l'article 7 de la Charte. Le droit à la liberté est également soulevé dans la jurisprudence qui ne porte pas sur la détermination de la peine citée par l'appelant : l'on peut être assujéti à la détention provisoire par une décision relative au cautionnement, à l'emprisonnement à l'étranger en cas d'extradition et au placement en établissement psychiatrique par un verdict de non-responsabilité criminelle. Ainsi, dans ces cas, l'article 7 de la Charte pourrait bien appeler une analyse conforme à la doctrine *Gladue* lorsque la personne visée par la sanction est d'ascendance autochtone. L'article 7 de la Charte joue dans de tels cas parce qu'il y va de la liberté des personnes touchées, mais non pas en raison de leur statut d'Autochtones.

[67] En revanche, aucun droit garanti par l'article 7 n'est en l'espèce touché par le renvoi de M. Lewis au Guyana. Ainsi, il n'est pas nécessaire de décider si la mesure de renvoi est conforme à la justice fondamentale puisque les droits que l'article 7 garantit à M. Lewis et à sa fille ne sont tout simplement pas en cause.

[68] As for the *Robinson LSUC* decision relied upon by Mr. Lewis, the case makes no mention of the Charter, but rather considers the sort of penalty a Law Society disciplinary panel should impose on a lawyer of indigenous heritage who had been convicted of assault. This case is therefore irrelevant to Mr. Lewis' Charter argument.

[69] I thus conclude that the Charter argument is without merit and that the rights of Mr. Lewis and his daughter under section 7 of the Charter would not be impacted by Mr. Lewis' removal to Guyana. Likewise, section 7 of the Charter did not require that a different type of analysis be undertaken by the Enforcement Officer in this case.

(3) *Kanhasamy and the Best Interests of the Child Analysis Required of Enforcement Officers*

[70] I turn now to the argument that the decision of the Supreme Court of Canada in *Kanhasamy* mandates that either a more fulsome analysis of the best interests of affected children be undertaken by enforcement officers than has previously been required under the jurisprudence of this Court and the Federal Court or that any such analysis must be deferred until an application for H&C consideration is determined.

[71] I begin by noting that *Kanhasamy* did not involve a decision made by an enforcement officer under section 48 of the IRPA but, rather, a decision of a ministerial delegate under section 25 of the IRPA. Section 25 of the IRPA, unlike section 48, specifically requires that the decision maker consider the best interests of any children that would be directly affected by a decision to refuse H&C relief. Section 25 provides in this regard:

**Humanitarian and compassionate considerations — request of foreign national**

**25 (1)** ... the Minister must, on request of a foreign national in Canada who applies for permanent resident status and who is inadmissible ... or who does not meet the requirements of this Act, and may, on request of a foreign national outside Canada ... who applies for a permanent resident visa, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national

[68] Quant à la décision *Robinson LSUC* invoquée par M. Lewis, elle ne fait nulle mention de la Charte, mais discute le genre de peine qu'un comité de discipline d'un barreau doit imposer à un avocat d'ascendance autochtone reconnu coupable de voies de fait. Elle n'est donc pas pertinente pour l'argument fondé sur la Charte de M. Lewis.

[69] Je conclus donc que le moyen puisé dans la Charte est sans fondement et que les droits que M. Lewis et sa fille tirent de l'article 7 de la Charte ne seraient pas touchés par le renvoi de M. Lewis au Guyana. De même, l'article 7 de la Charte n'exige pas en l'espèce qu'une analyse d'une autre nature soit effectuée par l'agente d'exécution.

3) *La jurisprudence Kanhasamy et l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant requise des agents d'exécution*

[70] Je passe maintenant à l'argument selon lequel l'enseignement de la Cour suprême du Canada consacré par la jurisprudence *Kanhasamy* appelle, de la part des agents d'exécution, une analyse de l'intérêt supérieur des enfants touchés plus approfondie qu'auparavant selon la jurisprudence de notre Cour et de la Cour fédérale ou encore le report d'une telle analyse jusqu'à ce qu'il soit statué sur une demande fondée sur des motifs humanitaires.

[71] Je commence par noter que l'affaire *Kanhasamy* portait, non pas sur la décision d'un agent d'exécution concernant l'article 48 de la LIPR, mais sur la décision d'un représentant ministériel en vertu de l'article 25 de la LIPR. L'article 25 de la LIPR, contrairement à l'article 48, exige expressément que le décideur apprécie l'intérêt supérieur de tout enfant qui sera directement touché par le refus de prendre de mesures spéciales pour des motifs d'ordre humanitaire. L'article 25 dispose à cet égard :

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

**25 (1)** [...] le ministre doit, sur demande d'un étranger se trouvant au Canada qui demande le statut de résident permanent et qui soit est interdit de territoire [...], soit ne se conforme pas à la présente loi, et peut, sur demande d'un étranger se trouvant hors du Canada [...] qui demande un visa de résident permanent, étudier le cas de cet étranger; il peut lui octroyer le statut de résident



permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligations of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to the foreign national, taking into account the best interests of a child directly affected.

[72] The majority opinion in *Kanhasamy* turns in large part on the fact that section 25 of the IRPA explicitly requires an H&C officer to consider the affected children's best interests. Writing for the majority at paragraph 40 of *Kanhasamy*, Justice Abella noted:

Where, as here, the legislation specifically directs that the best interests of a child who is "directly affected" be considered, those interests are a singularly significant focus and perspective ....

[73] Even with the need to give the affected children's best interests "a singularly significant focus and perspective" in the section 25 analysis, it does not follow that the affected children's best interests must outweigh other considerations in the analysis. Immediately prior to paragraph 40 in *Kanhasamy*, Justice Abella quotes at length from *Baker*. In the passage quoted, Justice L'Heureux-Dubé wrote (*Baker*, at paragraph 75):

.... for the exercise of the discretion [by an H&C decision-maker] to fall within the standard of reasonableness, the decision-maker should consider children's best interests as an important factor, give them substantial weight, and be alert, alive and sensitive to them. That is not to say that children's best interests must always outweigh other considerations, or that there will not be other reasons for denying an H & C claim even when children's interests are given this consideration. However, where the interests of children are minimized, in a manner inconsistent with Canada's humanitarian and compassionate tradition and the Minister's guidelines, the decision will be unreasonable.

[74] In light of the foregoing, I disagree with Mr. Lewis and the intervener that *Kanhasamy* requires that a full-blown best interests of the child analysis be undertaken before a child's parent(s) may be removed from Canada or that such children's best interests must outweigh other considerations in the analysis. In my

permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des considérations d'ordre humanitaire relatives à l'étranger le justifient, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché.

[72] L'opinion des juges majoritaires dans l'arrêt *Kanhasamy* repose en grande partie sur le fait que l'article 25 de la LIPR exige explicitement qu'un agent chargé d'examiner les considérations d'ordre humanitaire prenne en compte l'intérêt supérieur des enfants touchés. Au nom de la majorité, au paragraphe 40 de l'arrêt *Kanhasamy*, la juge Abella observait :

Lorsque, comme en l'espèce, la loi exige expressément la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant « directement touché », cet intérêt représente une considération singulièrement importante dans l'analyse [...]

[73] Même s'il faut accorder à l'intérêt supérieur de l'enfant touché une « considération singulièrement importante » dans l'analyse relative à l'article 25, il ne s'ensuit pas que l'intérêt supérieur des enfants touchés doive l'emporter sur les autres considérations de l'analyse. Dans les paragraphes précédant le paragraphe 40 de l'arrêt *Kanhasamy*, la juge Abella cite de longs extraits de l'arrêt *Baker*. Dans le passage cité, la juge L'Heureux-Dubé a observé (*Baker*, au paragraphe 75) :

[...] pour que l'exercice du pouvoir discrétionnaire respecte la norme du caractère raisonnable, le décideur devrait considérer l'intérêt supérieur des enfants comme un facteur important, lui accorder un poids considérable, et être réceptif, attentif et sensible à cet intérêt. Cela ne veut pas dire que l'intérêt supérieur des enfants l'emportera toujours sur d'autres considérations, ni qu'il n'y aura pas d'autres raisons de rejeter une demande d'ordre humanitaire même en tenant compte de l'intérêt des enfants. Toutefois, quand l'intérêt des enfants est minimisé, d'une manière incompatible avec la tradition humanitaire du Canada et les directives du ministre, la décision est déraisonnable.

[74] À la lumière de ce qui précède, je rejette la thèse de M. Lewis et de l'intervenante portant que la jurisprudence *Kanhasamy* exige qu'une véritable analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant soit entreprise avant qu'un parent de l'enfant puisse être renvoyé du Canada ou que l'intérêt supérieur de l'enfant doive l'emporter sur les

view, the holding in *Kanthisamy* applies only to H&C decisions made under section 25 of the IRPA and, even there, does not mandate that the affected children's best interests must necessarily be the priority consideration.

[75] As for the requirements of paragraph 3(3)(f) of the IRPA and the Children's Convention more generally, I believe that *Munar* correctly characterizes the impact of these provisions on the type of analysis to be undertaken by an enforcement officer.

[76] Paragraph 3(3)(f) of the IRPA sets out a rule of construction, providing that the IRPA is to be "construed and applied in a manner that complies with international human rights instruments to which Canada is signatory". This Court and the Supreme Court of Canada have held that this provision does not import international instruments to which Canada is a signatory into domestic law, but, rather, provides a contextual foundation for interpretation and gives rise to a presumption that the legislation should be interpreted in a manner consistent with Canada's international obligations: *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704, at paragraph 49; *Okoloubu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 326, [2009] 3 F.C.R. 294, 301 D.L.R. (4th) 591, at paragraphs 34–37; and *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655, 262 D.L.R. (4th) 13, at paragraphs 82–89.

[77] Contrary to what the intervener asserts, the Children's Convention does not prescribe that the best interests of the child is to be the priority consideration for all administrative decision makers tasked with making decisions that might impact children. Rather, Article 3 of the Convention provides in relevant part that "[i]n all actions concerning children ..., the best interests of the child shall be a primary consideration" (emphasis added). Thus, Article 3 of the Children's Convention requires the best interests of the child be a priority, but not the sole priority consideration. This is to be contrasted with the role ascribed to the best interests of the child in adoption proceedings under Article 21 of the Children's

autres considérations dans l'analyse. À mon avis, la jurisprudence *Kanthisamy* vise uniquement les décisions relatives aux considérations d'ordre humanitaire prises en vertu de l'article 25 de la LIPR et, même dans ces cas, n'impose pas que l'intérêt supérieur des enfants touchés constitue la considération prioritaire.

[75] Quant aux exigences de l'alinéa 3(3)f) de la LIPR et de la Convention d'une manière plus générale, je crois que l'arrêt *Munar* caractérise correctement l'incidence de ces dispositions sur le type d'analyse que doit effectuer un agent d'exécution.

[76] L'alinéa 3(3)f) de la LIPR énonce une règle d'interprétation prévoyant que l'interprétation et la mise en œuvre de la LIPR doivent avoir pour effet « de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire ». Notre Cour et la Cour suprême du Canada ont jugé que cette disposition n'incorpore pas des instruments internationaux dont le Canada est signataire au droit interne, mais établit plutôt le fondement contextuel nécessaire à l'interprétation et donne lieu à la présomption selon laquelle la loi doit être interprétée d'une manière conforme aux obligations internationales du Canada : *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704, au paragraphe 49; *Okoloubu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 326, [2009] 3 R.C.F. 294, aux paragraphes 34 à 37; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655, aux paragraphes 82 à 89.

[77] Contrairement à ce que l'intervenante affirme, la Convention ne prescrit pas que l'intérêt supérieur de l'enfant doive être la priorité de tous les décideurs administratifs chargés de prendre des décisions qui pourraient avoir des répercussions sur les enfants. L'article 3 de la Convention prévoit plutôt au passage pertinent que « [d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants [...], l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » (soulignement ajouté). Ainsi, l'article 3 de la Convention exige que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une priorité, mais pas l'unique priorité. Comparons ce libellé à celui de l'article 21 de la Convention, dans les cas d'adoption, qui prévoit que

Convention, which provides that in such proceedings the best interests of the child shall be “the paramount consideration”.

[78] The United Nations Committee on the Rights of the Children recognizes the difference between these two obligations in its *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art.3, para.1)*, U.N. Doc. CRC/C/GC/14 (29 May 2013), stating at paragraphs 38 and 39 as follows:

In respect of adoption (art. 21), the right of best interests is further strengthened; it is not simply to be “**a primary consideration**” but “**the paramount consideration**” ....

However, since article 3 [...] covers a wide range of situations, the Committee recognizes the need for a degree of flexibility in its application....[Emphasis in original.]

[79] Section 25 of the IRPA provides the mechanism under which children’s best interests are to be fully assessed in accordance with Canada’s obligations under the Children’s Convention. In *Kanthisamy* the Supreme Court has detailed what this assessment entails.

[80] It was open to Mr. Lewis to make an application under section 25 of the IRPA at any point after his daughter was born. Had he done so, his daughter’s best interests would probably already have been fully evaluated by an H&C officer in the context of such an application. However, he neglected to make an application under section 25 of the IRPA until shortly before his scheduled removal. In my view, this does not entitle him to forestall his removal. Were it otherwise, a large loophole would be opened in the IRPA, resulting in longer stays in Canada for those subject to lawful removal orders. In many cases, such delay is probably not in anyone’s best interests.

[81] The impact of the Children’s Convention on the type of assessment to be undertaken by enforcement officers was squarely addressed by this Court in *Baron*.

l’intérêt supérieur de l’enfant doit être « la considération primordiale ».

[78] Le Comité des droits de l’enfant des Nations Unies reconnaît la différence entre ces deux obligations dans son *Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l’enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1)*, Doc. N.U. CRC/C/GC/14 (29 mai 2013), indiquant aux paragraphes 38 et 39 comme suit :

En matière d’adoption (art. 21), le principe de l’intérêt supérieur de l’enfant est encore renforcé; il ne doit pas être simplement « **une** considération primordiale », mais « **la** considération primordiale ».

Comme [...] l’article 3 couvre un large éventail de situations, le Comité reconnaît cependant la nécessité d’un certain degré de souplesse dans son application [...] [En caractère gras dans l’original.]

[79] L’article 25 de la LIPR prévoit le mécanisme par lequel l’intérêt supérieur des enfants doit être pleinement apprécié conformément aux obligations imposées à l’État canadien par la Convention. Par l’arrêt *Kanthisamy*, la Cour suprême a expliqué en détail ce que cette appréciation implique.

[80] Il appartenait à M. Lewis de faire une demande fondée sur l’article 25 de la LIPR à tout moment après la naissance de sa fille. S’il l’avait fait, l’intérêt de sa fille aurait probablement déjà été pleinement apprécié par un agent chargé d’examiner les considérations d’ordre humanitaire dans le cadre d’une telle demande. Cependant, il n’a fait cette demande que peu de temps avant la date prévue de son renvoi. À mon avis, cela ne lui donne pas le droit de faire obstacle à son renvoi. S’il en était autrement, il en résulterait une échappatoire importante dans le régime de la LIPR, qui se traduirait par de plus longs séjours au Canada pour ceux qui font l’objet d’une mesure de renvoi. Dans de nombreux cas, de tels séjours prolongés ne sont probablement dans l’intérêt de personne.

[81] L’incidence de la Convention sur le type d’appréciation qui doit être effectuée par les agents d’exécution a été discutée directement par notre Cour à l’occasion

There, this Court unequivocally held at paragraph 47 that the Children's Convention does not mandate that a full-blown best interests of the child analysis be undertaken by an enforcement officer or that removal be delayed due to an untimely H&C application. Rather, in adopting the statements in *Simoës*, this Court in *Baron* recognized that it is only where a timely H&C application is still pending due to a backlog in processing that a deferral may be warranted.

[82] Thus, neither *Kanthisamy* nor the Children's Convention required the Enforcement Officer in this case to undertake a full-blown assessment of the best interests of Mr. Lewis' daughter or to grant the requested deferral until Mr. Lewis' last minute H&C application was decided by a ministerial delegate. Rather, the Enforcement Officer was only required to consider the short-term best interests of the child.

[83] In previous cases, such short-term best interests have been found to include matters such as the need for a child to finish a school year during the period of the requested deferral (see, e.g. *Munar*, at paragraph 40; *Khamis*, at paragraph 30) or maintaining the well-being of children who require specialized ongoing medical care in Canada (see, e.g. *Danyi*, at paragraphs 36–40). In addition, as noted in *Munar*, at paragraphs 40–42, the short-term needs of a child that an enforcement officer must consider include ensuring that there will be someone to care for the child after his or her parent(s) are removed if the child is to remain in Canada.

[84] In my view, these sorts of considerations continue to be appropriate under the current wording in section 48 of the IRPA as there is no meaningful difference in effecting removal as soon as possible—versus as soon as is reasonably practicable—when a child's vital short-term best interests are concerned.

de l'affaire *Baron*. Notre Cour a alors conclu sans équivoque au paragraphe 47 que la Convention n'exige ni une véritable analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant par un agent d'exécution ni le report du renvoi tant qu'une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire présentée en temps inopportun n'a pas été réglée. Au contraire, retenant les observations de l'arrêt *Simoës*, notre Cour à l'occasion de l'affaire *Baron* a reconnu que c'est seulement lorsqu'une demande CH présentée en temps utile est toujours en suspens en raison d'un retard dans le traitement que le report peut être justifié.

[82] Ainsi, ni la jurisprudence *Kanthisamy* ni la Convention n'imposait en l'espèce à l'agente d'exécution de procéder à une véritable appréciation de l'intérêt supérieur de la fille de M. Lewis ou d'accorder le report demandé jusqu'à ce que la demande CH de M. Lewis présentée à la dernière minute fasse l'objet d'une décision d'un représentant ministériel. L'agente d'exécution n'était tenue que de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à court terme.

[83] La jurisprudence antérieure enseigne que ces intérêts à court terme englobent des questions telles que la nécessité qu'un enfant termine son année scolaire au cours de la période visée par la demande de report (voir, p. ex., *Munar*, au paragraphe 40; *Khamis*, au paragraphe 30) ou la nécessité d'assurer le bien-être des enfants qui exigent des soins médicaux continus au Canada (voir, p. ex., *Danyi*, aux paragraphes 36 à 40). En outre, comme il a été indiqué dans l'arrêt *Munar*, aux paragraphes 40 à 42, les besoins à court terme d'un enfant dont l'agent d'exécution doit tenir compte comprennent de s'assurer qu'il y aura quelqu'un pour s'occuper de lui après le renvoi de son parent ou de ses parents s'il doit demeurer au Canada.

[84] À mon avis, ces considérations sont toujours pertinentes vu le libellé actuel de l'article 48 de la LIPR, puisqu'il n'y a pas de différence significative dans l'exécution du renvoi dès que possible — et dès que les circonstances le permettent — lorsque l'intérêt supérieur vital à court terme d'un enfant est en jeu.

[85] Here, the Enforcement Officer was faced with the situation of an indigenous child whose sole custodial parent was to be removed from Canada. These facts raise special considerations that impact the child's vital short-term best interests.

[86] More specifically, I agree with the intervener that aboriginal children are doubtless among the most vulnerable in Canada and end up in foster care with far greater frequency than non-indigenous children. For example, in 2011, 48 percent of children under 14 years of age and 30 percent of older teenagers in foster care in Canada were indigenous and more than half of these children were fostered by non-indigenous caregivers: see Statistics Canada, *Insights on Canadian Society: Living arrangements of Aboriginal children aged 14 and under* (April 13, 2016), Catalogue no. 75-006-X, at pages 6–7 and 10, as cited by the Truth and Reconciliation Commission of Canada in *Honouring the Truth, Reconciling for the Future: Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada* (Winnipeg: Truth and Reconciliation Commission of Canada, 2015), at page 138. I also agree with the intervener that the well-being of an indigenous child will be enhanced if he or she maintain some connection with his or her culture, heritage and, ideally, territory, to help foster a sense of belonging and pride. The Children's Convention recognizes the importance of such a connection and states in Article 30:

Article 30

In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities or persons of indigenous origin exist, a child belonging to such a minority or who is indigenous shall not be denied the right, in community with other members of his or her group, to enjoy his or her own culture, to profess and practise his or her own religion, or to use his or her own language.

[87] The importance of giving meaning to this provision in the context of federal policies and programs aimed at ensuring the well-being of indigenous children across Canada was acknowledged by the Standing Senate Committee on Human Rights in an April 2007

[85] Dans la présente affaire, l'agente d'exécution devait évaluer la situation d'un enfant autochtone dont l'unique parent gardien devait être renvoyé du Canada. Ces faits soulèvent des considérations spéciales qui ont des conséquences sur l'intérêt supérieur vital à court terme de l'enfant.

[86] Plus précisément, je retiens la thèse de l'intervenante qui affirme que les enfants autochtones sont sans doute parmi les plus vulnérables au Canada et se retrouvent en famille d'accueil beaucoup plus souvent que les enfants non autochtones. Par exemple, en 2011, 48 p. 100 des enfants de moins de 14 ans et 30 p. 100 des adolescents plus âgés en famille d'accueil au Canada étaient autochtones et plus de la moitié de ces enfants étaient pris en famille d'accueil par des non-Autochtones : voir Statistique Canada, *Regards sur la société canadienne : La situation des enfants autochtones âgés de 14 ans et moins dans leur ménage* (13 avril 2016), n° 75-006-X au catalogue, aux pages 6, 7 et 10, cité par la Commission de vérité et réconciliation du Canada dans *Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : Sommaire du rapport de la Commission de vérité et réconciliation du Canada* (Winnipeg : Commission de vérité et réconciliation du Canada, 2015), à la page 141. Je retiens également la thèse de l'intervenante portant que le bien-être d'un enfant autochtone sera accru s'il maintient un lien avec sa culture, son patrimoine et, idéalement, son territoire, pour favoriser un sentiment d'appartenance et de fierté. La Convention reconnaît l'importance d'un tel lien et précise à l'article 30 :

Article 30

Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe.

[87] L'importance de donner tout son sens à cette disposition au regard des politiques et programmes du gouvernement fédéral visant à assurer le bien-être des enfants autochtones au Canada a été reconnue par le Comité sénatorial permanent des Droits de la personne

Final Report: *Children: The Silenced Citizens: Effective Implementation of Canada's International Obligations with Respect to the Rights of Children*, at pages 169, 176–177, 184 and 185.

[88] These issues give rise to both short and long-term interests in the present case given the impact that removal for the period of the requested deferral would have on the child's connection to her indigenous roots. Thus, even on a short-term basis, the Enforcement Officer had to be alert, alive and sensitive to these issues and was required to give them brief reasonable consideration.

(4) *Was the Enforcement Officer's Decision Reasonable?*

[89] I therefore turn to the last issue raised by the parties—the reasonableness of the Enforcement Officer's decision in the present case. The Enforcement Officer recognized that it was important to Mr. Lewis' daughter that she maintains “a close connection with her Aboriginal community, its culture and traditions” during the period of the requested deferral. Accepting that the child would go with her father to Guyana, the Enforcement Officer reasoned that the child “may return to Canada at any time to participate in ‘dances, pow wows, speakers and special events, as well as native Aboriginal centres and Native art shows’” and that “she may enter Canada whenever her legal guardian permits it to visit her mother, her mother's family and the Gwich'in band in Yellowknife”.

[90] With respect, the assumption that the child could return to Canada is pure speculation and therefore unreasonable. Her father is inadmissible and so likely could not accompany his then 8-year-old daughter on a return trip. The Enforcement Officer does not explain how it would be feasible for the child to make the journey back to Canada on her own, and there is no suggestion that anyone else would be able to accompany her. Perhaps more importantly, given her father's age, economic circumstances, skill set, lack of connections in

en avril 2007 dans un rapport final : *Les enfants : des citoyens sans voix : mise en œuvre efficace des obligations internationales du Canada relatives aux droits des enfants*, aux pages 188, 196, 197 et 205 à 207.

[88] Ces questions soulèvent dans la présente affaire l'intérêt supérieur de l'enfant à la fois à court et à long terme, compte tenu des conséquences qu'aurait le renvoi sur le lien de l'enfant avec ses racines autochtones pour la période visée par la demande de report. Ainsi, même en ce qui concerne l'intérêt de l'enfant à court terme, l'agente d'exécution devait être réceptive, attentive et sensible à ces questions et était tenue de leur consacrer une brève considération raisonnable.

4) *La décision de l'agente d'exécution était-elle raisonnable?*

[89] Je passe donc au dernier point soulevé par les parties — le caractère raisonnable de la décision de l'agente d'exécution dans la présente affaire. L'agente d'exécution a reconnu qu'il était important pour la fille de M. Lewis de maintenir [TRADUCTION] « un lien étroit avec sa collectivité, sa culture et ses traditions autochtones » pendant la période visée par la demande de report. Constatant que l'enfant irait vivre au Guyana avec son père, l'agente d'exécution a tenu le raisonnement que l'enfant [TRADUCTION] « pourrait revenir au Canada pour participer à “des danses, des pow-wows, des conférences, des événements spéciaux, des activités organisées par des centres autochtones et des foires artisanales autochtones” » et qu'elle [TRADUCTION] « peut revenir au Canada chaque fois que son tuteur légal le lui permet pour rendre visite à sa mère, à la famille de sa mère et aux membres de la bande Gwich'in à Yellowknife ».

[90] En tout respect, l'hypothèse voulant que l'enfant puisse revenir au Canada n'est que pure conjecture et donc déraisonnable. Son père est interdit de territoire et ne pourrait vraisemblablement pas accompagner sa fille qui avait alors 8 ans au pays. L'agente d'exécution n'explique pas comment il serait possible pour l'enfant de revenir au Canada par ses propres moyens, et rien ne donne à penser que quiconque serait en mesure de l'accompagner. Peut-être plus important encore, compte tenu de l'âge de son père, de sa situation économique,

Guyana and the conditions prevalent in that country, as well as the situation of the child's mother, there is no basis for concluding that anyone would be able to purchase an airline ticket for the child to return to Canada or guarantee that her basic living requirements are met if she were to return to Canada without Mr. Lewis.

[91] Finally, although the Enforcement Officer was quoting from Mr. Lewis' affidavit in mentioning "*dances, pow wows, speakers and special events, as well as native Aboriginal centres and Native art shows*" to characterize the type of connection it was important for the child to maintain with her indigenous roots, this description belittles the profound nature of the degree of connection to culture, heritage and territory that is likely important and desirable for an indigenous person to maintain. Thus, the Enforcement Officer's treatment of these issues was insensitive, which *Baker* instructs is the antithesis of the requisite analysis of the best interests of a child.

[92] In short, having accepted that it was important for the child to maintain a connection with her indigenous roots during the period of the requested deferral, it was incumbent on the Enforcement Officer to realistically and sensitively assess whether this was possible if she were to accompany her father to Guyana. It seems to me that, based on the facts before the Enforcement Officer, there was no realistic basis for concluding that the child could maintain any such connection if she were in Guyana.

[93] As for the Federal Court's suggestion that the Enforcement Officer's decision should be upheld as there was no basis to conclude that the child would be leaving Canada, I find this conclusion to be entirely without merit as the facts indicate precisely the opposite. The CBSA was prepared to purchase a ticket to Guyana for the child and the Enforcement Officer accepted that the child would be accompanying Mr. Lewis when he returned to Guyana.

[94] I thus conclude that the Enforcement Officer's decision was unreasonable.

de ses compétences, du fait qu'il n'a pas de relations au Guyana, des conditions qui existent dans ce pays ainsi que de la situation de la mère de l'enfant, il n'y a aucune raison de conclure que quiconque pourrait acheter un billet d'avion pour que l'enfant revienne au Canada ni aucune garantie que l'on pourrait subvenir à ses besoins de base si elle devait rentrer au Canada sans M. Lewis.

[91] Enfin, bien que l'agente d'exécution ait cité l'affidavit de M. Lewis en mentionnant « *des danses, des pow-wows, des conférences et des événements spéciaux, ainsi que des activités organisées par des centres autochtones et des foires artisanales autochtones* » pour qualifier le type de lien qu'il était important que l'enfant entretienne avec ses racines autochtones, cette observation rabaisse la nature profonde du degré de lien avec la culture, le patrimoine et le territoire qui est probablement important et souhaitable qu'une autochtone maintienne. Ainsi, le traitement par l'agente d'exécution de ces questions démontre une insensibilité que la jurisprudence *Baker* estime être l'antithèse de l'analyse requise de l'intérêt supérieur de l'enfant.

[92] En bref, ayant retenu l'idée qu'il était important pour l'enfant de maintenir un lien avec ses racines autochtones pendant la période visée par la demande de report, il incombait à l'agente d'exécution d'apprécier de manière réaliste et raisonnable si l'enfant pouvait maintenir ce lien si elle accompagnait son père au Guyana. Il me semble que, vu les faits dont était saisie l'agente d'exécution, elle ne disposait d'aucun élément en fonction duquel elle pouvait raisonnablement conclure que l'enfant pourrait maintenir un tel lien si elle était au Guyana.

[93] Quant à la suggestion de la Cour fédérale selon laquelle la décision de l'agente d'exécution devait être retenue parce qu'il n'y avait aucune raison de conclure que l'enfant quitterait le Canada, je trouve cette conclusion tout à fait dépourvue de fondement puisqu'il ressort des faits exactement le contraire. L'ASFC était prête à acheter un billet pour le Guyana pour l'enfant, et l'agente d'exécution a accepté que l'enfant accompagne M. Lewis à son retour au Guyana.

[94] Je conclus donc que la décision de l'agente d'exécution était déraisonnable.

V. Proposed Disposition

[95] I would therefore answer both certified questions in the negative as follows:

a. Do the principles set out by the Supreme Court of Canada in *R. v. Gladue*, *R. v. Ipeelee*, and *R. v. Anderson* apply, *mutatis mutandis*, to removals under section 48 of the IRPA such that there must be a full consideration of the impact on an Aboriginal child of the removal from Canada of her non-citizen custodial parent prior to the execution of the removal order?

Answer: No.

b. Does section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* mandate *Gladue*-like consideration of the impact of the removal of an Aboriginal child's custodial parent prior to the execution of the removal order?

Answer: No.

[96] I would, however, allow this appeal and, making the decision that the Federal Court ought to have made, would set aside the decision of the Enforcement Officer and, provided Mr. Lewis' H&C application is still outstanding, would remit Mr. Lewis' deferral application to another CBSA Officer for re-determination in accordance with these reasons. Given the passage of time, Mr. Lewis should be afforded the opportunity to make additional submissions to provide an update on his situation and the situation of his child before a decision is made on the re-determination. There is no basis for an award of costs under rule 22 of the *Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22.

STRATAS J.A.: I agree.

WEBB J.A.: I agree.

V. Décision proposée

[95] Je répondrais donc par la négative aux deux questions certifiées comme suit :

a. Les principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *R. c. Gladue*, *R. c. Ipeelee* et *R. c. Anderson* s'appliquent-ils, avec les adaptations nécessaires, aux renvois prévus à l'article 48 de la LIPR, de sorte qu'il y a lieu de tenir pleinement compte des conséquences sur l'enfant autochtone du renvoi du Canada du parent non citoyen ayant la garde avant l'exécution de la mesure de renvoi?

Réponse : non.

b. L'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* exige-t-il que l'on tienne compte, à l'instar de l'arrêt *Gladue*, des conséquences du renvoi du parent ayant la garde de l'enfant autochtone avant l'exécution de la mesure de renvoi?

Réponse : non.

[96] Toutefois, j'accueillerais le présent appel et, rendant la décision que la Cour fédérale aurait dû rendre, j'annulerais la décision de l'agente d'exécution et, si la demande CH de M. Lewis était encore en suspens, je renverrais la demande de report de M. Lewis à un autre agent de l'ASFC pour réexamen conformément aux présents motifs. Étant donné le laps de temps écoulé, M. Lewis devrait avoir la possibilité de présenter des observations supplémentaires permettant de faire le point sur sa situation et sur la situation de son enfant avant qu'une décision soit prise à l'occasion de ce réexamen. Rien dans la règle 22 des *Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22, ne permet l'adjudication de dépens.

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

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



A-414-15  
2017 FCA 133

A-414-15  
2017 CAF 133

**James Paul in his capacity as President of Defence Construction Canada (1951) Limited a.k.a. Defence Construction Canada; the said Defence Construction Canada (1951) Limited a.k.a. Defence Construction Canada; and the Attorney General of Canada** (*Appellants*)

**James Paul, à titre de président de Construction de défense (1951) Limitée s/n Construction de défense Canada, Construction de défense (1951) Limitée s/n Construction de défense Canada; et le procureur général du Canada** (*appelants*)

v.

c.

**Ucanu Manufacturing Corp.** (*Respondent*)

**Ucanu Manufacturing Corp.** (*intimée*)

and

et

**The Information Commissioner of Canada** (*Intervener*)

**Le commissaire à l'information du Canada** (*intervenant*)

**INDEXED AS: DEFENCE CONSTRUCTION CANADA v. UCANU MANUFACTURING CORP.**

**RÉPERTORIÉ : CONSTRUCTION DE DÉFENSE CANADA c. UCANU MANUFACTURING CORP.**

Federal Court of Appeal, Stratas, Boivin and Rennie J.J.A.—Ottawa, November 1, 2016 and June 22, 2017.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Boivin et Rennie, J.C.A.—Ottawa, 1<sup>er</sup> novembre 2016 et 22 juin 2017.

*Access to Information — Mandatory exemptions from disclosure — Appeal from Federal Court decision holding that certain records sought by respondent under Access to Information Act (Act) should be disclosed — Appellant producing records, refusing to disclose others following respondent's request for information — Relying upon exemptions under Act, ss. 19(1), 20(1)(b) — Federal Court not agreeing that undisclosed records properly exempt pursuant to s. 20(1)(b) — Appellant asserting, for first time before Federal Court, mandatory exemption from disclosure in Defence Production Act, s. 30 — Federal Court refusing appellant's request for adjournment to file evidence in support of claim to mandatory exemption, ordering release of records — Whether Defence Production Act, s. 30 applying herein if raised at late stage; whether ever too late to assert mandatory exemption in Access to Information Act proceedings — Per Stratas J.A. (Rennie J.A. concurring): Federal Court's conclusion preordained by its refusal to grant late request for adjournment — Federal Court bound to allow appellant opportunity to adduce evidence supporting late assertion of mandatory exemption — Dealing with issue without evidence before it — Committing error in principle — Court refraining herein from determining jurisprudential issue — Decisions having to be based on legal principle, doctrine; otherwise legitimately open to attack — Such decision would bind future panels of Court even if misleading — Folly*

*Accès à l'information — Exceptions obligatoires à la communication — Appel d'une décision de la Cour fédérale statuant que certains documents demandés par l'intimée en vertu de la Loi sur l'accès à l'information (la Loi) devraient être divulgués — L'appelante a produit des documents, mais elle a refusé d'en divulguer d'autres à la suite de la demande de renseignements de l'intimée — Elle a invoqué des exceptions prévues aux art. 19(1), 20(1)(b) de la Loi — La Cour fédérale n'a pas accepté la conclusion selon laquelle les documents non divulgués pouvaient à juste titre être exclus en vertu de l'art. 20(1)(b) — L'appelante a fait valoir pour la première fois devant la Cour fédérale une exception obligatoire à la communication énoncée à l'art. 30 de la Loi sur la production de défense — La Cour fédérale a rejeté la demande d'ajournement de l'appelante en vue de produire des éléments de preuve à l'appui de l'allégation d'exception obligatoire et ordonné la communication des documents — Il s'agissait de savoir si 1) l'art. 30 de la Loi sur la production de défense s'applique dans la présente affaire s'il est invoqué à une étape tardive; 2) s'il peut être trop tard pour faire valoir une exception obligatoire dans une instance fondée sur la Loi sur l'accès à l'information — Le juge Stratas, J.C.A. (le juge Rennie, J.C.A. souscrivant à ses motifs) : La conclusion de la Cour fédérale découlait inévitablement de son refus d'accueillir la requête en ajournement tardive — La Cour fédérale est tenue d'accorder à l'appelante*

*to nibble at jurisprudential issue through one-off rulings — Here, appellant's interest in confidentiality not known — Matter remitted to Federal Court for redetermination — Appeal allowed — Per Boivin J.A. (dissenting): Court cannot intervene, overrule Federal Court order denying appellant's request for adjournment as that order not appealed, challenged herein — Open to Federal Court to rule upon jurisprudential issue in way it did — Federal Court correctly rejecting contention that government institution may late-claim mandatory exemption under Act, s. 24(1) — Exemptions having to be put before intervener during investigation — Allowing late-claim exemptions would deny requestors benefit of mechanism vested in intervener's mandate — General principle that mandatory exemptions cannot be late-claimed sound when considering Act's objective, overall scheme.*

This was an appeal from a Federal Court decision holding that certain records sought by the respondent under the *Access to Information Act* (Act) should be disclosed.

The respondent submitted an information request seeking records related to a contract awarded to a joint venture for the construction of a maintenance hangar on an air force base. The appellant, Defence Construction Canada, a government institution holding the records, produced many records but refused to disclose others. It relied upon two exemptions, subsection 19(1) of the Act (personal information) and paragraph 20(1)(b) of the Act (third-party's confidential commercial information). Upon investigation, the intervener found that the undisclosed records were properly exempt from disclosure. The Federal Court agreed with the intervener's finding concerning the exemption in subsection 19(1), but not the exemption in paragraph 20(1)(b). The appellant asserted for the first time before the Federal Court the mandatory exemption from disclosure found in section 30 of the *Defence Production Act*. By order, the Federal Court refused the appellant's request for an adjournment to file evidence in support of its claim to the mandatory exemption, concluding that it was too late to assert the mandatory exemption. The Federal Court allowed the respondent's application and ordered the records to be released.

*la possibilité de produire des éléments de preuve à l'appui de l'allégation tardive d'exception obligatoire — Elle a traité de la question sans être saisie d'éléments de preuve — Elle a commis une erreur de principe — La Cour s'est abstenue dans la présente affaire de trancher la question de droit — Les décisions doivent être fondées sur des règles de droit et des principes juridiques sinon elles sont légitimement susceptibles d'être contestées — Une telle décision lierait les formations futures de la Cour même si elle est trompeuse — Il serait vain d'aborder la question de droit une petite partie à la fois — Dans la présente affaire, la nature de l'intérêt de l'appelante à maintenir la confidentialité n'était pas connue — L'affaire a été renvoyée à la Cour fédérale pour nouvelle décision — Appel accueilli — Le juge Boivin, J.C.A. (dissident) : La Cour ne peut intervenir et annuler l'ordonnance de la Cour fédérale rejetant la requête en ajournement de l'appelante, car l'ordonnance n'a pas été portée en appel ni contestée en l'espèce — La Cour fédérale pouvait statuer sur la question de droit comme elle l'a fait — Elle a rejeté à juste titre l'affirmation selon laquelle une institution fédérale peut invoquer tardivement une exception obligatoire en vertu de l'art. 24(1) de la Loi — Les exceptions doivent être soumises à l'intervenant au cours de son enquête — Permettre d'invoquer tardivement des exceptions priverait les demandeurs du bénéfice du mécanisme prévu dans le mandat de l'intervenant — Si l'on prend en considération l'objet de la Loi et son économie générale, le principe général voulant que l'on ne puisse pas faire valoir tardivement des exceptions obligatoires est bien fondé.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale concluant que certains documents demandés par l'intimée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* (la Loi) devraient être divulgués.

L'intimée a présenté une demande de renseignements visant à obtenir des documents relatifs à un marché adjugé à une contreprise pour la construction d'un hangar d'entretien sur une base aérienne. L'appelante, Construction de défense Canada, une institution fédérale qui détient les documents, a produit de nombreux documents, mais elle a refusé d'en divulguer d'autres. Elle a invoqué deux exceptions, soit celle qui est prévue au paragraphe 19(1) de la Loi (renseignements personnels) et celle qui est prévue à l'alinéa 20(1)b) de la Loi (renseignements commerciaux d'une tierce partie qui sont de nature confidentielle). Après enquête, l'intervenant a conclu que les documents non divulgués étaient correctement soustraits à la divulgation. La Cour fédérale a accepté la conclusion de l'intervenant concernant l'exception prévue au paragraphe 19(1), mais elle a tiré une conclusion différente concernant l'exception prévue à l'alinéa 20(1)b). L'appelante a invoqué pour la première fois devant la Cour fédérale l'exception obligatoire à la communication prévue à l'article 30 de la *Loi sur la production de défense*. Par la voie d'une ordonnance, la Cour fédérale a rejeté la requête en ajournement de l'appelante

Two issues were raised in this case. The first was a fact-based issue: whether section 30 of the *Defence Production Act* applies on the facts of this case if it can be raised at a late stage. The other was a jurisprudential issue: whether it is ever too late to assert a mandatory exemption in *Access to Information Act* proceedings.

*Held* (Boivin J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

*Per* Stratas J.A. (Rennie J.A. concurring): The Federal Court's conclusion was preordained by its refusal to grant the appellant's late request for an adjournment. Put another way, the Federal Court's denial of the adjournment in effect decided the substantive issue—whether the mandatory exemption could be asserted late—without the benefit of evidence before it. In these particular circumstances, the late nature of the assertion of the exemption and the need to file evidence in support of it could not be, by itself, a sufficient ground to refuse the adjournment so that the issue of lateness could be considered. The Federal Court was bound to allow the appellant an opportunity to adduce evidence supporting its late assertion of the mandatory exemption. Without the evidence before it, the Federal Court could not embark upon a proper consideration of this issue. Yet, it dealt with the issue. This was an error in principle permitting the Court to intervene.

The Court refrained from determining the jurisprudential issue in this case, considering it unwise to express a definitive, binding-for-all-time view on the jurisprudential issue. While it might be tempting for some to nibble a bit at the jurisprudential issue by making a one-off ruling that avoids a discussion of legal principle, this approach is troubling. Courts must reach decisions based on legal principle and doctrine. If legal principle and doctrine are not offered in support of a decision, there probably isn't any. Decisions made merely “on the basis of all the facts” or “fairness” emanate from personal preferences rather than legal principle and doctrine and are legitimately open to attack based on the constitutional principle of the rule of law. Finally and more practically, such a decision would be a precedent binding future panels of this Court. The precedent may be misleading and may wrongly influence later cases. Mandatory exemptions come in all different shapes and sizes under different statutes with different purposes with different

en vue de produire des éléments de preuve à l'appui de son allégation d'exception obligatoire, concluant qu'il était trop tard pour faire valoir l'exception obligatoire. La Cour fédérale a accueilli la demande de l'intimée et ordonné la communication des documents.

Deux questions ont été soulevées en l'espèce. La première était fondée sur des faits : l'article 30 de la *Loi sur la production de défense* s'applique-t-il aux faits de la présente affaire s'il peut être invoqué à un moment tardif? La deuxième était une question de droit : peut-il être trop tard pour faire valoir une exception obligatoire dans une instance fondée sur la *Loi sur l'accès à l'information*?

*Arrêt* (le juge Boivin, J.C.A., dissident) : l'appel doit être accueilli.

Le juge Stratas, J.C.A. (le juge Rennie, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La conclusion de la Cour fédérale découlait inévitablement de son refus d'accueillir la requête en ajournement tardive de l'appelante. En d'autres termes, en refusant d'accueillir la requête en ajournement, la Cour fédérale a en fait tranché la question de fond, soit celle de savoir si l'on pouvait faire valoir l'exception obligatoire tardivement, sans avoir d'élément de preuve à ce sujet. Dans ces circonstances précises, l'invocation tardive de l'exception et la nécessité de déposer des éléments de preuve pour l'étayer ne peuvent, à elles seules, constituer un motif suffisant pour refuser la requête en ajournement afin que la question du retard puisse être examinée. La Cour fédérale était tenue d'accorder à l'appelante la possibilité de présenter des éléments de preuve afin d'étayer l'invocation tardive de l'exception obligatoire. En l'absence de ces éléments de preuve, la Cour fédérale ne pouvait pas se livrer à un examen convenable de la question. Pourtant, elle l'a fait. Il s'agissait d'une erreur de principe permettant à la Cour d'intervenir.

La Cour s'est abstenue de trancher la question de droit en l'espèce, étant d'avis qu'il serait peu avisé d'exprimer une opinion définitive et contraignante sur la question de droit. Bien que certains puissent être tentés de résoudre une petite partie de la question de droit en rendant une décision à caractère unique qui évitera une discussion du principe juridique, cette approche est troublante. Les tribunaux doivent fonder leurs décisions sur les règles de droit et les principes juridiques. Si les décisions ne sont pas étayées par des règles de droit et des principes juridiques, c'est qu'il n'en existe probablement pas. Les décisions prises « selon l'ensemble des faits » ou « selon l'équité » seulement découlent de préférences personnelles plutôt que de règles de droit et de principes juridiques et sont légitimement susceptibles d'être contestées en vertu du principe constitutionnel de la primauté du droit. Enfin, et de façon plus pratique, une telle décision lierait les formations futures de la Cour. Le précédent pourrait être trompeur et influencer erronément sur d'autres

statutory wording. Until the jurisprudential issue is comprehensively settled, it is folly to nibble at it through one-off rulings. In this case, the appellant's interest in confidentiality was not known because the appellant was not permitted to adduce evidence in support of the mandatory exemption. To resolve the jurisprudential issue, the Court would need to be acquainted with all the institutions in Schedule II to the Act and confidentiality interests recognized by Parliament.

The judgment of the Federal Court was set aside. The matter was remitted to the Federal Court to receive evidence from the parties concerning the exemption under section 30 of the *Defence Production Act*, including why it was asserted late, and to redetermine the matter.

*Per* Boivin J.A. (dissenting): The Federal Court order denying the appellant's request for an adjournment was issued as a separate decision prior to the decision under appeal. The order was not appealed. Moreover, nowhere before the Court was the order challenged. On this basis alone, the Court could not intervene and overrule the order. Even assuming that it was open to the Court to decide this appeal, there was no reviewable factual or legal error. In the circumstances, it was open to the Federal Court to rule upon the jurisprudential issue in the way it did based on the record before it.

The Federal Court correctly rejected the contention that a government institution such as the appellant may late-claim a mandatory exemption under subsection 24(1) of the Act. The consensus that emerges from the case law is that a government institution cannot late-claim an exemption, including a mandatory one, if that exemption was not put before the intervener during the investigation. The Federal Court properly highlighted the concern that permitting a government institution to late-claim exemptions would deny requestors the benefit of the mechanism vested in the intervener's mandate. The general principle that mandatory exemptions cannot be late-claimed is sound when considering the Act's objective and overall scheme, and giving effect to the intervener's role and mandate.

cas. Les exceptions obligatoires se présentent sous différentes formes, en vertu de différentes lois, avec différents objets et différents libellés. D'ici à ce que la question de droit ait été entièrement résolue, il serait vain de l'aborder une petite partie à la fois. En l'espèce, l'intérêt qu'avait l'appelante à l'égard de la confidentialité est inconnu, car l'appelante n'a pas été autorisée à produire des éléments de preuve pour étayer l'exception obligatoire. Pour résoudre la question de droit, la Cour devra se renseigner sur toutes les institutions figurant à l'annexe II de la Loi et tous les intérêts en matière de confidentialité reconnus par le législateur.

Le jugement de la Cour fédérale a été annulé. L'affaire a été renvoyée à la Cour fédérale pour qu'elle puisse recevoir des éléments de preuve des parties concernant l'exception prévue à l'article 30 de la *Loi sur la production de défense*, notamment la raison pour laquelle elle a été invoquée tardivement, et pour déterminer l'affaire à nouveau.

Le juge Boivin, J.C.A. (dissident) : L'ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté la requête en ajournement de l'appelante a été rendue séparément, avant la décision visée par l'appel. L'ordonnance n'a pas été portée en appel. De plus, l'ordonnance n'a jamais été contestée devant la Cour. Pour ce seul motif, la Cour ne pouvait intervenir et écarter l'ordonnance. Même en supposant que la Cour puisse trancher cet appel, il n'y avait pas d'erreur de fait ou de droit susceptible de contrôle. Dans les circonstances, la Cour fédérale pouvait statuer sur la question de droit comme elle l'a fait en s'appuyant sur le dossier dont elle était saisie.

La Cour fédérale a rejeté, à juste titre, l'affirmation selon laquelle une institution fédérale comme l'appelante peut invoquer tardivement une exception obligatoire en vertu du paragraphe 24(1) de la Loi. Le consensus qui émerge de la jurisprudence est qu'une institution fédérale ne peut pas demander une exception tardivement, même une exception obligatoire, si cette exception n'a pas été présentée à l'intervenant pendant l'enquête. La Cour fédérale a souligné à juste titre l'inquiétude que le fait de permettre à une institution fédérale d'invoquer tardivement une exception priverait les demandeurs du bénéfice du mécanisme qui est prévu dans le mandat de l'intervenant. Le principe général voulant que l'on ne puisse pas faire valoir tardivement des exceptions obligatoires est bien fondé si l'on prend en considération l'objet de la Loi et son économie générale et si l'on donne suite au rôle et au mandat de l'intervenant.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 10(1), 19(1), 20(1)(b), 24, Sch. II.  
*Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 1(d).

#### 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. 2b).

*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. 2(b).

*Defence Production Act*, R.S.C., 1985, c. D-1, s. 30.

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 27(1)(c).

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 110(b).

*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.

*Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, art. 1d).

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2(1), 10(1), 19(1), 20(1)b), 24, ann. II.

*Loi sur la production de défense*, L.R.C. (1985), ch. D-1, art. 30.

*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 27(1)c).

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 110b).

#### CASES CITED

##### CONSIDERED:

*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)* (1999), 240 N.R. 244, 166 F.T.R. 277 (F.C.A.); *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1989] 2 F.C. 341, (1989), 36 Admin. L.R. 251 (C.A.), affg [1987] 3 F.C. 15, (1987), 41 D.L.R. (4th) 533 (T.D.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)*, 2003 FCA 68, 224 D.L.R. (4th) 498; *Steel v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 153, [2013] 1 F.C.R. 143; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, (1987) 38 D.L.R. (4th) 161.

##### REFERRED TO:

*Whitty v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 30, 460 N.R. 372; *Statham v. Canadian Broadcasting Corporation*, 2010 FCA 315, [2012] 2 F.C.R. 421, 326 D.L.R. (4th) 228; *Canadian National Railway Company v. Emerson Milling Inc.*, 2017 FCA 79; *Geophysical Service Inc. v. Canada Newfoundland Offshore Petroleum*, 2003 FCT 507, 26 C.P.R. (4th) 190; *Rubin v. Canada (Minister of Health)*, 2001 FCT 929, 210 F.T.R. 84, affd 2003 FCA 37, 23 C.P.R. (4th) 312; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada (Office of the Information Commissioner) v. Canada (National Defence)*, 2015 FCA 56, [2016] 1 F.C.R. 213; *Blank v. Canada (Justice)*, 2016 FCA 189, 7 Admin. L.R. (6th) 30; *Canadian Broadcasting Corporation v. Canada (Information Commissioner)*, 2010 FC 954, 377 F.T.R. 100, affd 2011 FCA 326, 344 D.L.R. (4th) 341.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* [1999] A.C.F. n° 522 (QL) (C.A.); *Davidson c. Canada (Solliciteur général)*, [1989] 2 C.F. 341 (C.A.), confirmant [1987] 3 C.F. 15 (1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2003 CAF 68; *Steel c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 153, [2013] 1 R.C.F. 143; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Whitty c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 30; *Statham c. Société Radio-Canada*, 2010 CAF 315, [2012] 2 R.C.F. 421; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Emerson Milling Inc.*, 2017 CAF 79; *Geophysical Service Inc. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, 2003 CFPI 507; *Rubin c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2001 CFPI 929, conf. par 2003 CAF 37; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Hospira Healthcare Corporation c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Défense nationale)*, 2015 CAF 56, [2016] 1 R.C.F. 213; *Blank c. Canada (Justice)*, 2016 CAF 189; *Société Radio-Canada c. Canada (Commissaire à l'information)*, 2010 CF 954, conf. par 2011 CAF 326.

## AUTHORS CITED

Cardozo, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*, New Haven: Yale University Press, 1921.  
 Kellogg, Frederic R. “Law, Morals, and Justice Holmes” (1986), 69 *Judicature* 214

APPEAL from a decision of the Federal Court (2015 FC 1001) holding that certain records sought by the respondent under the *Access to Information Act* should be disclosed. Appeal allowed, Boivin J.A. dissenting.

## APPEARANCES

*Kirk Shannon* for appellants.  
 No one appearing for respondent.  
*Louisa Garib* and *Richard G. Dearden* for intervenor.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellants.  
*Information Commissioner of Canada*, Gatineau, Quebec, and *Gowling WLG (Canada) LLP*, Ottawa, for intervenor.

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

[1] STRATAS J.A.: The appellants appeal from the judgment dated August 24, 2015 of the Federal Court (*per* Southcott J.): 2015 FC 1001. The Federal Court held that certain records sought by the respondent, Ucanu Manufacturing, under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 [the Act] should be disclosed.

[2] For those unfamiliar with the Act, some brief background may assist. Under the Act, a person can file an information request against a government institution. The government institution holding the information responds. It can assert mandatory and optional exemptions to disclosure. The person requesting the information can complain about the assertion of the exemptions to the Information Commissioner. In turn, the Information Commissioner can investigate and report on whether

## DOCTRINE CITÉE

Cardozo, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*, New Haven : Yale University Press, 1921.  
 Kellogg, Frederic R. « Law, Morals, and Justice Holmes » (1986), 69 *Judicature* 214.

APPEL d’une décision de la Cour fédérale (2015 CF 1001) concluant que certains documents demandés par la défenderesse en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* devraient être divulgués. Appel accueilli, le juge Boivin, J.C.A., étant dissident.

## ONT COMPARU :

*Kirk Shannon* pour les appelantes.  
 Personne n’a comparu pour l’intimée.  
*Louisa Garib* et *Richard G. Dearden* pour l’intervenant.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour les appelantes.  
*Commissaire à l’information du Canada*, Gatineau, Québec, et *Gowling WLG (Canada) S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Ottawa, pour l’intervenant.

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

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Les appelants interjettent appel du jugement rendu le 24 août 2015 par le juge Southcott de la Cour fédérale : 2015 CF 1001. La Cour fédérale a conclu que certains documents demandés par l’intimée, Ucanu Manufacturing, en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi), devraient être divulgués.

[2] Voici un bref exposé pour ceux qui ne connaissent pas la Loi. En vertu de la Loi, une personne peut déposer une demande d’accès à un document à une institution fédérale. L’institution fédérale qui détient le document donne suite à la demande. Elle peut faire valoir des exceptions obligatoires et facultatives à la communication. La personne qui demande le document peut déposer une plainte concernant l’exception invoquée au commissaire à l’information. Le commissaire à l’information peut

exemptions apply. After that, an appeal may be made to the Federal Court to determine the issue.

[3] In this case, Ucanu Manufacturing submitted its information request. It sought records related to a contract awarded to a joint venture for the construction of a maintenance hangar on the Trenton air force base.

[4] The government institution holding the records, the appellant Defence Construction Canada, produced many records in response. But it refused to disclose certain others. It relied upon two exemptions, subsection 19(1) of the Act (personal information) and paragraph 20(1)(b) of the Act (third-party's confidential commercial information).

[5] Ucanu Manufacturing complained to the Information Commissioner. The Information Commissioner investigated Ucanu Manufacturing's complaint. During the investigation, Defence Construction Canada disclosed some further records, but not all of them.

[6] The Information Commissioner concluded her investigation. She issued her report. She found that the undisclosed records were properly exempt from disclosure. Ucanu Manufacturing applied to the Federal Court for review of the matter, seeking disclosure of the records.

[7] One part of the Federal Court's decision is before us. Another is not.

[8] In the part not before us, the Federal Court agreed with the Information Commissioner's finding concerning the exemption in subsection 19(1) of the Act but came to a different conclusion regarding the exemption in paragraph 20(1)(b) of the Act. As a result, the Federal Court ordered that the records—portions of the joint venture agreement and a cover letter to Defence Construction Canada enclosing the joint venture agreement—be disclosed. In this Court, the appellants do not challenge the Federal Court's findings on these matters.

faire enquête pour déterminer si l'exception s'applique. Ensuite, la personne peut déposer un recours en révision à la Cour fédérale, qui tranchera la question.

[3] Dans la présente instance, Ucanu Manufacturing a déposé sa demande d'accès. Elle souhaitait obtenir des documents se rapportant à un marché adjugé à une coentreprise pour la construction d'un hangar d'entretien à la base aérienne de Trenton.

[4] L'institution fédérale qui détient les documents, l'appelante Construction de défense Canada, a produit de nombreux documents en réponse. Cependant, elle a refusé d'en divulguer d'autres. Elle a invoqué deux exceptions, soit celle au paragraphe 19(1) de la Loi (renseignements personnels) et celle à l'alinéa 20(1)b) de la Loi (renseignements commerciaux qui sont de nature confidentielle).

[5] Ucanu Manufacturing a déposé une plainte au commissaire à l'information. Le commissaire à l'information a fait enquête sur la plainte d'Ucanu Manufacturing. Au cours de l'enquête, Construction de défense Canada a communiqué d'autres documents, mais pas tous.

[6] Le commissaire à l'information a conclu son enquête. Il a rendu son rapport. Il a conclu que les documents non divulgués étaient correctement soustraits à la communication. Ucanu Manufacturing a déposé un recours en révision à la Cour fédérale afin d'obtenir la communication des documents en question.

[7] Nous sommes saisis d'une partie de la décision de la Cour fédérale, mais non d'une autre partie.

[8] Dans la partie dont nous ne sommes pas saisis, la Cour fédérale a accepté la conclusion du commissaire à l'information concernant l'exception prévue au paragraphe 19(1) de la Loi, mais elle a tiré une conclusion différente concernant l'exception prévue à l'alinéa 20(1)b) de la Loi. En conséquence, la Cour fédérale a ordonné la communication de documents, à savoir des parties de l'entente de coentreprise et une lettre d'accompagnement à Construction de défense Canada à laquelle était jointe l'entente de coentreprise. Les appelants ne contestent pas les conclusions de la Cour fédérale à cet égard.

[9] The part before us concerns what happened in a late stage in this matter, when it arrived at the Federal Court. Defence Construction Canada asserted for the first time a new mandatory exemption from disclosure found in section 30 of the *Defence Production Act*, R.S.C., 1985, c. D-1, an exemption that applies due to section 24 of the *Access to Information Act* and Schedule II to the Act.

[10] Section 30 provides as follows:

**Non-disclosure of information**

**30** No information with respect to an individual business that has been obtained under or by virtue of this Act shall be disclosed without the consent of the person carrying on that business, except

(a) to a government department, or any person authorized by a government department, requiring the information for the purpose of the discharge of the functions of that department; or

(b) for the purposes of any prosecution for an offence under this Act or, with the consent of the Minister, for the purposes of any civil suit or other proceeding at law.

[11] In this case, when the government institution, Defence Construction Canada, responded to Ucanu Manufacturing's information request, it did not assert the mandatory exemption under section 30 of the *Defence Production Act*. Nor did it assert the mandatory exemption during the Information Commissioner's investigation. Only after the matter arrived in the Federal Court did it assert it.

[12] Defence Construction Canada asked the Federal Court for an opportunity to file "further materials including supplementary submissions" (at paragraph 15). I take "further materials" to mean that Defence Construction Canada sought to file evidence in support of its claim to the mandatory exemption. The respondent opposed, noting that "the statutory exemption now raised by [Defence Construction Canada] had not been previously relied on by [it] in this matter including in [its] initial response" to the information request (at paragraph 15). The Federal

[9] La partie de la décision de la Cour fédérale dont nous sommes saisis porte sur ce qui s'est produit à une étape tardive de l'instance, au moment où elle a été portée devant la Cour fédérale. Construction de défense Canada a invoqué, pour la première fois, une nouvelle exception obligatoire à la communication, soit celle prévue à l'article 30 de la *Loi sur la production de défense*, L.R.C. (1985), ch. D-1, une exception qui s'applique en raison de l'article 24 de la *Loi sur l'accès à l'information* et de l'annexe II de la Loi.

[10] L'article 30 se lit comme suit :

**Renseignements protégés**

**30** Les renseignements recueillis sur une entreprise dans le cadre de la présente loi ne peuvent être communiqués sans le consentement de l'exploitant de l'entreprise, sauf :

a) à un ministère, ou à une personne autorisée par un ministère, qui en a besoin pour l'accomplissement de ses fonctions;

b) aux fins de toute poursuite pour infraction à la présente loi ou, avec le consentement du ministre, de toute affaire civile ou autre procédure judiciaire.

[11] Dans la présente instance, lorsque l'institution fédérale, Construction de défense Canada, a donné suite à la demande d'accès d'Ucanu Manufacturing, elle n'a pas fait valoir l'exception obligatoire prévue à l'article 30 de la *Loi sur la production de défense*. Elle ne l'a pas non plus fait valoir au cours de l'enquête menée par le commissaire à l'information. Elle ne l'a fait que lorsque la Cour fédérale a été saisie de l'affaire.

[12] Construction de défense Canada a demandé à la Cour fédérale un ajournement « pour permettre que d'autres éléments puissent être soumis à la Cour avant l'audience et pour que les parties puissent formuler des observations complémentaires » (au paragraphe 15). Je suppose qu'en voulant produire « d'autres éléments », Construction de défense Canada souhaitait déposer des éléments de preuve pour étayer l'exception obligatoire. L'intimée s'y est opposée, en affirmant que Construction de défense Canada « n'avait pas antérieurement soulevé



Court refused Defence Construction Canada's request, only giving it an opportunity to file "submissions" after the hearing, if necessary.

[13] Defence Construction Canada asked the Federal Court to consider that it "carries out a mandate pursuant to the [*Defence Production Act*] and that the information at issue ... can be characterized as having been obtained by [it] under or by virtue of that statute" (at paragraph 77). However, the Federal Court held that it was too late for Defence Construction Canada to assert the mandatory exemption. Thus, the Federal Court refused to consider arguments on the "substantive issue of the application of that exemption" (at paragraph 88). Nor could it. It had not given Defence Construction Canada the opportunity to file evidence on this issue. In the end, the Federal Court allowed Ucanu Manufacturing's application and ordered the records to be released.

[14] In this Court, the appellants, including Defence Construction Canada, ask that the Federal Court's judgment be overturned and all of the records be withheld from disclosure because of the mandatory exemption.

[15] For the reasons set out below, I would allow the appeal.

A. The submissions of the parties

[16] In this Court, the appellants submit that a mandatory exemption, such as the one here, can be asserted at any time. The appellants also submit that on the evidentiary record before us the mandatory exemption in section 30 of the *Defence Production Act* applies.

[17] The Information Commissioner supports the result reached by the Federal Court. She submits that

l'exception légale qu'elle invoquait maintenant, notamment dans sa première réponse » à la demande d'accès (au paragraphe 15). La Cour fédérale a refusé la requête de Construction de défense Canada, l'autorisant uniquement à présenter des « observations » après l'audience, au besoin.

[13] Construction de défense Canada a demandé à la Cour fédérale de prendre en considération le fait qu'elle « exécute un mandat en vertu de la [*Loi sur la production de défense*] » et que « les renseignements en litige [...] peuvent être considérés comme ayant été recueillis par [elle] dans le cadre de cette loi » (au paragraphe 77). Cependant, la Cour fédérale a jugé qu'il était trop tard pour que Construction de défense Canada puisse faire valoir l'exception obligatoire. Par conséquent, elle a refusé de prendre en considération les arguments concernant la « question de fond de l'application de cette exception » (au paragraphe 88). Elle ne pouvait d'ailleurs pas le faire, puisqu'elle n'avait pas donné à Construction de défense Canada la possibilité de déposer des éléments de preuve concernant cette question. Au final, la Cour fédérale a accueilli la demande d'Ucanu Manufacturing et elle a ordonné la communication des documents.

[14] Les appelants, notamment Construction de défense Canada, demandent à notre Cour d'infirmer le jugement de la Cour fédérale et d'empêcher la communication de tous les documents en raison de l'exception obligatoire.

[15] Pour les motifs exposés ci-après, j'accueillerais l'appel.

A. Les observations des parties

[16] À notre Cour, les appelants soutiennent que l'on peut faire valoir en tout temps une exception obligatoire, telle que celle en cause. Ils soutiennent également que, compte tenu du dossier de preuve qui nous a été présenté, l'exception obligatoire prévue à l'article 30 de la *Loi sur la production de défense* s'applique.

[17] Le commissaire à l'information souscrit à la conclusion tirée par la Cour fédérale. Il estime que des

there must be restrictions on the ability of a government institution to assert a mandatory exemption at a late stage, well after its response to an information request. Among other things, the Information Commissioner submits that late assertion of exemptions bypasses important rights and protections under the Act such as the Commissioner's power to investigate and to report.

#### B. The issues

[18] The parties raise two issues before us:

(1) *The fact-based issue.* If section 30 of the *Defence Production Act* can be raised at a late stage, does it apply on the facts of this case?

(2) *The jurisprudential issue.* Can section 30 of the *Defence Production Act* be raised at a late stage? Put another way, in *Access to Information Act* proceedings, is it ever too late to assert a mandatory exemption?

#### C. Analysis

(1) *The fact-based issue*

[19] The Federal Court found that it was too late for the appellants to assert the mandatory exemption. It did not examine the fact-based issue—whether the mandatory exemption applies on the facts of this case.

[20] Key to the Federal Court's conclusion that it was too late for the appellants to assert the mandatory exemption is its earlier ruling that it would not allow Defence Construction Canada an adjournment to file evidence on the point. Here is the relevant portion of the reasons (at paragraph 16):

By Order dated July 9, 2015, being guided by the Notice to the Profession issued by Chief Justice Crampton dated May 8, 2013, I denied the request for an adjournment, on

restrictions doivent s'appliquer au droit d'une institution fédérale de faire valoir une exception obligatoire à un moment tardif, bien après sa réponse à une demande d'accès. Il allègue notamment que faire valoir des exceptions à une étape avancée a pour effet de contourner les protections et les droits importants conférés par la Loi, par exemple le pouvoir du commissaire de faire enquête et de produire des rapports.

#### B. Les questions en litige

[18] Les parties soulèvent devant nous deux questions en litige :

1) *La question de fait.* Si l'article 30 de la *Loi sur la production de défense* peut être invoqué à un moment tardif, s'applique-t-il aux faits en l'espèce?

2) *La question de droit.* Est-ce que l'article 30 de la *Loi sur la production de défense* peut être invoqué à un moment tardif? En d'autres termes, dans une procédure liée à la *Loi sur l'accès à l'information*, peut-il être trop tard pour faire valoir une exception obligatoire?

#### C. Analyse

1) *La question de fait*

[19] La Cour fédérale a jugé que Construction de défense Canada avait trop attendu pour faire valoir l'exception obligatoire. Elle ne s'est pas penchée sur la question de fait, à savoir si l'exception obligatoire s'applique aux faits de l'espèce.

[20] Le fait que la Cour fédérale avait déjà refusé la demande d'ajournement de Construction de défense Canada en vue de déposer des éléments de preuve à cet égard a mené à sa décision que les appelants avaient attendu trop longtemps pour faire valoir l'exception obligatoire. Voici la partie pertinente des motifs (au paragraphe 16) :

Aux termes de l'ordonnance que j'ai prononcée le 9 juillet 2015 en m'inspirant de l'Avis à la communauté juridique publié par le juge en chef Crampton le

the basis that the request did not raise exceptional and unforeseen circumstances, including those that are outside the control of a party or its counsel. However, my Order advised that I would hear counsel at the hearing, including on the possibility of supplementary written submissions following the hearing, on the following two issues that I concluded were raised by their correspondence with the Court:

- A. whether the respondent should be permitted to rely on the additional statutory exemption at this stage in the proceeding; and
- B. if so, the effect of such exemption on the merits of this application.

[21] I construe this as saying that Defence Construction Canada could not file evidence to support the mandatory exemption and to justify its late assertion because the request to do so was too late.

[22] There is a certain circularity here. In effect, the fact that the mandatory exemption was asserted late meant that a request to file evidence could only be made late and that lateness was used to prevent consideration of whether the exemption could be asserted late. In my view, the Federal Court's conclusion was preordained by its refusal to grant Defence Construction Canada's late request for an adjournment. Put another way, the Federal Court's denial of the adjournment in effect decided the substantive issue—whether the mandatory exemption could be asserted late—without the benefit of evidence before it. Defence Construction Canada was denied the opportunity to explain why the mandatory exemption ought to be considered despite its lateness because it was late. This intimately relates to the issues raised in the notice of application before the Federal Court, its ability to deal with the issue of the mandatory exemption, and the notice of appeal that raises the mandatory exemption before us.

[23] In these particular circumstances, the late nature of the assertion of the exemption and the need to

8 mai 2013, j'ai refusé la demande d'ajournement au motif qu'il n'existait pas de circonstances exceptionnelles et inattendues, notamment de circonstances hors du contrôle d'une partie ou de son avocat. J'ai toutefois précisé dans mon ordonnance que j'entendrais les avocats à l'audience, notamment au sujet de la possibilité de recevoir, après l'audience, des observations écrites complémentaires sur les deux questions suivantes qui, selon moi, avaient été soulevées dans les lettres que les avocats avaient échangées avec la Cour :

- A. Devrait-on permettre à la défenderesse d'invoquer une autre exception légale à cette étape de l'instance?
- B. Dans l'affirmative, quelle serait la conséquence de cette exception sur le fond de la présente demande?

[21] Selon mon interprétation, cela signifie que Construction de défense Canada ne pouvait pas déposer d'élément de preuve pour étayer l'exception obligatoire et expliquer pourquoi elle l'avait soulevée tardivement parce que sa requête était présentée trop tard.

[22] On constate une certaine circularité : comme on a soulevé tardivement l'exception obligatoire, la requête en vue de déposer des éléments de preuve ne pouvait être présentée que tardivement, et ce retard a eu pour effet d'empêcher l'examen tardif de cette exception. À mon avis, la conclusion de la Cour fédérale découlait inévitablement de son refus d'accueillir la requête en ajournement tardive de Construction de défense Canada. En d'autres termes, en refusant d'accueillir la requête en ajournement, la Cour fédérale a en fait tranché la question de fond, soit celle de savoir si l'on pouvait faire valoir l'exception obligatoire tardivement, sans avoir d'élément de preuve à ce sujet. Construction de défense Canada n'a pu expliquer pourquoi on devrait tenir compte de l'exception obligatoire en dépit du fait qu'on la présentait tardivement, parce qu'on la présentait tardivement. Ceci est intimement lié aux questions soulevées dans l'avis de demande à la Cour fédérale, à sa capacité de traiter la question de l'exception obligatoire et à l'avis d'appel qui fait que nous sommes saisis de la question de l'exception obligatoire.

[23] Dans ces circonstances précises, l'invocation tardive de l'exception et la nécessité de déposer des

file evidence in support of it could not be, by itself, a sufficient ground to refuse the adjournment so that the issue of lateness could be considered. In these particular circumstances, the Federal Court was bound to allow Defence Construction Canada an opportunity to adduce evidence supporting its late assertion of the mandatory exemption. That evidence might have shed light on why the exemption was being asserted late and why it should be allowed to be asserted late. It might also have identified and explained the rationale underlying some of the confidentiality interests at stake. With that evidence before it, the Federal Court could have considered the mandatory exemption and the jurisprudential issue and the fact-based issue associated with it. Without the evidence before it, the Federal Court could not embark upon a proper consideration of this issue. Yet, it dealt with the issue. In my view, this was an error in principle permitting this Court to intervene.

[24] Thus, for this reason alone, I would allow the appeal and set aside the Federal Court's judgment. It should redetermine on the basis of a full evidentiary record whether Defence Construction Canada can assert a mandatory exemption at a late stage and, if so, whether the mandatory exemption is made out on the facts of this case.

[25] I have read my colleague's dissenting reasons. Among other things, he suggests that the issue of the adjournment is not before us because the appellant did not challenge it in the notice of appeal. As I have explained above, the issue is part and parcel of the merits of the appeal and cannot be separated from it. In effect, the issue is before us by necessary implication.

[26] Further, my colleague states that after the Federal Court refused the adjournment to permit the appellant to file evidence, "the Federal Court expressly ordered that it would hear counsel on the issue of the late-claimed exemption, including the possibility of filing supplementary written submissions in this regard following the hearing". He also notes that in the hearing before

éléments de preuve pour l'étayer ne peuvent, à elles seules, constituer un motif suffisant pour refuser la demande d'ajournement afin que la question du retard puisse être examinée. Dans ces circonstances précises, la Cour fédérale était tenue d'accorder à Construction de défense Canada la possibilité de présenter des éléments de preuve afin d'étayer l'invocation tardive de l'exception obligatoire. Ces éléments de preuve pourraient avoir expliqué pourquoi on tentait de faire valoir l'exception tardivement et pourquoi il devrait être possible de le faire. Ils auraient peut-être aussi précisé et expliqué la raison d'être de certains des intérêts en jeu à l'égard de la confidentialité. Si elle avait disposé de ces éléments de preuve, la Cour fédérale aurait pu examiner l'exception obligatoire, ainsi que la question de droit et la question de fait connexe. En l'absence de ces éléments de preuve, la Cour fédérale ne pouvait pas se livrer à un examen convenable de la question. Pourtant, elle l'a fait. À mon avis, il s'agissait d'une erreur de principe qui permet à notre Cour d'intervenir.

[24] Par conséquent, pour cette seule raison, j'accueillerais l'appel et j'annulerais le jugement de la Cour fédérale. La Cour fédérale devrait déterminer à nouveau, en se fondant sur un dossier de preuve complet, si Construction de défense Canada peut faire valoir une exception obligatoire à un moment tardif et, le cas échéant, si l'exception obligatoire en question est fondée au vu des faits de l'espèce.

[25] J'ai pris connaissance des motifs dissidents de mon collègue. Il affirme notamment que nous ne sommes pas saisis de la question de l'ajournement parce que les appelants ne l'ont pas soulevée dans l'avis d'appel. Comme je l'ai expliqué ci-dessus, la question fait partie intégrante du bien-fondé de l'appel et ne peut en être dissociée. En fait, nous sommes saisis de la question par conséquence nécessaire.

[26] En outre, mon collègue déclare qu'à la suite du refus de la Cour fédérale d'accorder l'ajournement pour permettre aux appelants de déposer des éléments de preuve, la Cour fédérale avait déclaré expressément que les avocats pouvaient présenter des observations au sujet de l'exception invoquée tardivement, notamment en déposant des observations écrites supplémentaires à ce

the Federal Court the parties agreed no further written submissions were necessary. But the Federal Court gave the parties only the right to file legal submissions, not evidence. As I have explained above, the Federal Court's refusal to grant Defence Construction Canada's late request for an adjournment to allow the appellant to adduce further evidence preordained the conclusion on the merits of the mandatory exemption and further legal submissions would not have sufficed.

[27] Finally, my colleague raises the standard of review. I agree with his articulation of it. However, as I have said above, there is an error of principle permitting this Court to intervene.

(2) *The jurisprudential issue*

[28] Should this Court give guidance on the jurisprudential issue in this case? All parties urge us to settle it. Both provided helpful submissions on it.

[29] In particular, the Information Commissioner proposes the following analytical framework for this Court to consider when deciding whether a government institution can assert a mandatory exemption at a late stage:

1. Could the government institution have reasonably raised the mandatory exemption sooner, for example:

- (a) in the notice of the requester under s. 10(1) of the [*Access to Information Act*] where access was initially refused;
- (b) at any time during the Information Commissioner's investigation;
- (c) at the earliest possible occasion in the court proceedings.

sujet après l'audience. Il mentionne également qu'à l'audience à la Cour fédérale, les parties ont convenu qu'il n'y avait pas lieu de déposer des observations écrites supplémentaires. Toutefois, la Cour fédérale n'a autorisé les parties qu'à déposer des observations sur le droit, et non des éléments de preuve. Comme je l'ai expliqué ci-dessus, le refus de la Cour fédérale d'accueillir la requête en ajournement tardive de Construction de défense Canada pour permettre aux appelants de produire de nouveaux éléments de preuve a eu comme conséquence inévitable la conclusion sur le bien-fondé de l'exception obligatoire, et d'autres observations sur le droit n'auraient pas suffi.

[27] Enfin, mon collègue soulève la question de la norme de contrôle. Je suis d'accord avec la façon dont il présente cette norme. Cependant, comme je l'ai mentionné ci-dessus, il existe une erreur de principe qui permet à notre Cour d'intervenir.

2) *La question de droit*

[28] Notre Cour devrait-elle se prononcer sur la question de droit en l'espèce? Les parties en cause nous pressent de la régler. Elles ont présenté des observations utiles à ce sujet.

[29] Plus précisément, le commissaire à l'information nous propose de tenir compte du cadre analytique suivant au moment de décider si une institution fédérale peut faire valoir une exception obligatoire de façon tardive :

1. L'institution fédérale aurait-elle pu raisonnablement invoquer l'exception obligatoire plus tôt, par exemple :

- a) dans l'avis en vertu du paragraphe 10(1) de la Loi par lequel l'accès a initialement été refusé;
- b) en tout temps pendant l'enquête du commissaire à l'information;
- c) à la première occasion au cours du processus judiciaire?

2. What is the underlying interest that the mandatory exemption seeks to protect and what are the consequences of disclosing the records at issue?

3. What is the prejudice to the requester and their access rights if the new exemption is considered at that stage of the proceedings?

4. Will allowing new issues to be raised at that stage of the proceedings unduly delay the hearing of the application and consequently, access to information for the requester?

5. Is it in the interests of justice to allow the exemption to be raised?

[30] Helpfully, the Information Commissioner also suggests a detailed procedure by which a government institution could assert a mandatory exemption at a late stage and still be fair to all concerned.

[31] The jurisprudential issue has been the subject of a few decisions. These decisions touch on small aspects of the issue or speak in *obiter*. None of them deal with it comprehensively and definitively. The point remains completely open in this Court. It is a complex one, with compelling considerations on either side.

[32] On one side is the importance of the investigatory stage that takes place after a complaint has been made. This has been said to be a “cornerstone of the access to information system”: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)* (1999), 240 N.R. 244, 166 F.T.R. 277 (F.C.A.). The completion of the investigatory stage under the Act is a condition precedent to any later review by the Federal Court of a government institution’s decision to refuse access to records requested under the Act: *Whitty v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 30, 460 N.R. 372, at paragraphs 8–9; *Statham v. Canadian Broadcasting Corporation*, 2010 FCA 315, [2012] 2 F.C.R. 421, 326 D.L.R. (4th) 228, at paragraph 55. Issues that go to subject-matter jurisdiction cannot be ignored: *Canadian National Railway Company v. Emerson Milling Inc.*, 2017 FCA 79, at paragraphs 8–10. Allowing a government institution to assert a ground for

2. Quels sont les intérêts sous-jacents que l’exception obligatoire vise à protéger et quelles sont les conséquences de la divulgation des documents en cause?

3. Quel serait le préjudice au demandeur et à son droit d’accès si l’on tenait compte de l’exception à cette étape du processus?

4. Le fait de soulever de nouvelles questions à cette étape du processus retarderait-il indûment l’audience de la demande et, en conséquence, l’accès au document par le demandeur?

5. Est-il dans l’intérêt de la justice de permettre qu’on soulève l’exception?

[30] Le commissaire a aussi suggéré, ce qui est utile, une procédure détaillée qui permettrait à une institution fédérale de faire valoir une exception obligatoire à un moment tardif de façon équitable pour toutes les parties en cause.

[31] Quelques décisions ont porté sur la question de droit. Celles-ci examinent des aspects moins importants de la question ou comprennent des remarques incidentes. Aucune n’examine cette question à fond et de façon déterminante. Notre Cour peut librement examiner la question. La question est complexe et il y a des arguments convaincants des deux côtés.

[32] D’une part, il y a l’importance de l’étape de l’enquête qui est effectuée à la suite du dépôt d’une plainte. Ceci a été considéré comme « la pierre angulaire du système d’accès à l’information » : *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1999] A.C.F. n° 522 (QL) (C.A.). La clôture de l’étape de l’enquête en vertu de la Loi constitue une condition préalable à tout contrôle ultérieur par la Cour fédérale de la décision de l’institution fédérale de refuser l’accès à des documents demandés en vertu de la Loi : *Whitty c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 30, aux paragraphes 8 et 9; *Statham c. Société Radio-Canada*, 2010 CAF 315, [2012] 2 R.C.F. 421, au paragraphe 55. Les questions qui portent sur la compétence quant à l’objet du litige ne peuvent pas être négligées : *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Emerson Milling Inc.*, 2017 CAF 79, aux paragraphes 8 à 10. Le fait de

exemption for the first time when the matter is before the Federal Court bypasses these protections: *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1989] 2 F.C. 341 (C.A.), at pages 347–348; *Geophysical Service Inc. v. Canada Newfoundland Offshore Petroleum*, 2003 FCT 507, 26 C.P.R. (4th) 190. Thus, according to the Information Commissioner, there must be limits on raising mandatory exemptions at a late stage.

[33] On the other side is the mandatory nature of the exemptions themselves. Some mandatory exemptions relate to very important matters such as national security. Indeed, it would be strange if the inadvertent or negligent handling of an information request had the effect of foreclosing recourse to a mandatory exemption and allowing a highly injurious document to be released. This was in the mind of the Federal Court when it commented, in *obiter*, that it was “an open question whether the failure on the part of the head of a government institution to properly identify the grounds for refusal of disclosure could ultimately compel disclosure that is contrary to the national interest”: *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1987] 3 F.C. 15 (T.D.) (*Davidson*) [at page 22].

[34] In only one case did this Court suggest that a mandatory exemption could be asserted late: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)*, 2003 FCA 68, 224 D.L.R. (4th) 498. However, it did so on the ground that the government institution believed that the documents were outside of the purview of the Act and so it was natural that it would not consider the issue of mandatory exemptions. The case contains no other explanation as to why the mandatory exemption could be asserted late.

[35] The Federal Court noted much of the above jurisprudence (at paragraphs 79–88). It observed correctly that the jurisprudential issue has never been settled by this Court: see, e.g., *Davidson*, above and *Rubin v. Canada (Minister of Health)*, 2003 FCA 37, 23 C.P.R. (4th) 312, both of which explicitly declined to deal with it. The Federal Court did cite some earlier decisions from

permettre à une institution fédérale de faire valoir une exception pour la première fois à la Cour fédérale contre-carre ces protections : *Davidson c. Canada (Solliciteur général)*, [1989] 2 C.F. 341 (C.A.), aux pages 347 et 348; *Geophysical Service Inc. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, 2003 CFPI 507. Par conséquent, selon le commissaire à l’information, la possibilité de faire valoir des exceptions obligatoires à un moment tardif doit être limitée.

[33] D’autre part, il y a la nature obligatoire des exceptions elles-mêmes. Certaines exceptions obligatoires portent sur des questions très importantes, par exemple la sécurité nationale. En fait, il serait étrange que le traitement fautif ou négligent d’une demande d’accès ait pour effet d’interdire le recours à une exception obligatoire et de permettre la communication d’un document très préjudiciable. C’est ce à quoi pensait la Cour fédérale lorsqu’elle a déclaré, dans une remarque incidente : « Il reste à décider si le fait pour le responsable d’une institution fédérale de n’avoir pas correctement indiqué les motifs d’un refus de communication pourrait en fin de compte imposer une communication qui soit contraire à l’intérêt national » : *Davidson c. Canada (Solliciteur général)*, [1987] 3 C.F. 15 (1<sup>re</sup> inst.) (*Davidson*) [à la page 22].

[34] Notre Cour n’a laissé entendre que l’on pouvait faire valoir une exception obligatoire à une date tardive que dans une seule décision : *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de l’Environnement)*, 2003 CAF 68. Cependant, elle l’a fait parce que l’institution fédérale en cause croyait que les documents n’étaient pas visés par la Loi et qu’il était donc naturel qu’elle n’ait pas pris en considération la question des exceptions obligatoires. Cette décision ne contient aucune autre explication de la raison pour laquelle on pouvait faire valoir tardivement une exception obligatoire.

[35] La Cour fédérale a renvoyé à plusieurs des décisions susmentionnées (aux paragraphes 79 à 88). Elle a affirmé, à juste titre, que notre Cour n’avait jamais résolu la question de droit. Par exemple, dans l’arrêt *Davidson*, précité, et dans l’arrêt *Rubin c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CAF 37, notre Cour a explicitement choisi de ne pas l’aborder. La Cour fédérale a renvoyé à

the Federal Court, not binding on us, that held that it was too late to assert the mandatory exemption. So it concluded, only on the basis of these Federal Court cases, that it was too late to assert the mandatory exemption in this case (at paragraph 88).

[36] But the earlier Federal Court cases relied upon by the Federal Court do not examine the jurisprudential issue in a fulsome way. In these cases, there is no comprehensive analysis of the compelling considerations on either side, some of which are set out above. The cases do not conduct a full examination of the text of the Act, construed in light of its context and purpose. This is not meant as criticism: courts are often limited by the restricted or inadequate nature of the submissions they receive.

[37] Should this Court comprehensively settle this jurisprudential issue in this case? This sort of question sparks debates in and around judges' chambers more than counsel might think.

[38] Most judges are rather flexible in their answers to this question. But for illustrative purposes, there are two discernable schools of thought. One says that courts should only deal with issues that are necessary for the disposition of the case. The other says that where possible, courts should resolve jurisprudential points to provide clarity and reduce litigation. Once in a while, along this age-old fault line, a case comes along—like this one—that causes a quake.

[39] Like many such debates, the best answer is “it all depends”. I had occasion to comment on this in *Steel v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 153, [2013] 1 F.C.R. 143, at paragraphs 65–66 and 68:

... A minimal approach to judicial decision-making usually has great merit. Under this approach, sometimes called “judicial minimalism,” we fashion solutions that are practical, routine, and uncontroversial and apply them to the cases before us, avoiding broad, unnecessary pronouncements. Sometimes, in search of solutions, we

quelques décisions qu'elle avait rendues dans lesquelles elle avait conclu qu'il était trop tard pour faire valoir une exception obligatoire; cependant, ces décisions ne nous lient pas. La Cour fédérale a donc conclu, en s'appuyant uniquement sur sa jurisprudence, qu'il était trop tard dans la présente instance pour faire valoir l'exception obligatoire (au paragraphe 88).

[36] Cependant, les jugements antérieurs sur lesquels s'est appuyée la Cour fédérale ne traitent pas la question de droit de manière exhaustive. Ces jugements ne comportent aucune analyse approfondie des considérations importantes de part et d'autre, dont certaines sont exposées ci-dessus. Ces jugements ne font pas un examen approfondi du texte de la Loi, interprété à la lumière de son contexte et de son objet. Ce n'est pas une critique; les tribunaux sont souvent limités par les observations sommaires ou inadéquates qui leur sont présentées.

[37] Notre Cour devrait-elle régler la question de droit de façon détaillée en l'espèce? Ce genre de question suscite plus de débats aux cabinets des juges que les avocats le supposent.

[38] La plupart des juges répondent à cette question de façon plutôt souple. Disons cependant qu'il y a deux écoles de pensée distinctes. Certains croient que les tribunaux ne devraient se pencher que sur les questions qui doivent être tranchées pour résoudre l'affaire. D'autres pensent que, lorsque cela est possible, les tribunaux devraient résoudre les questions de droit afin d'apporter plus de précision et de réduire les litiges. Il arrive cependant qu'un cas, comme celui qui nous occupe, provoque un séisme sur cette ancienne faille.

[39] Comme lors de nombreux débats, la meilleure réponse est : « tout dépend ». J'ai eu l'occasion d'émettre mes commentaires à ce sujet dans l'arrêt *Steel c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 153, [2013] 1 R.C.F. 143, aux paragraphes 65, 66 et 68 :

[...] Adopter une approche minimale à l'égard du processus de décision judiciaire présente généralement de grands avantages. Selon cette approche, parfois appelée « minimalisme judiciaire », la Cour élabore des solutions qui sont pratiques et courantes et qui ne soulèvent aucune controverse, et les applique aux affaires dont elle



might consider a modest reform to our judge-made law. But we reform it only if necessary and appropriate, only as little as necessary, and always subject to Parliament's laws which bind us.

When we discard judicial minimalism and, instead, gratuitously pronounce sweeping legal principles, we expose ourselves to the charge that we are law-making — a task beyond our remit, unelected as we are. Also, without the real-life facts that inform our pronouncements, temper our judgment, and keep us accountable, we are more likely to be wrong, more likely to cause disorder, and more likely to injure.

...

But too great a devotion to judicial minimalism sometimes can impose too great a cost. Pressing issues can linger and fester, and litigants may suffer for that.

[40] More on this can be said. On the one hand, developing the jurisprudence in a minimal way merely for the sake of minimalism may be counterproductive, inefficient, and contrary to the new litigation culture advocated by the Supreme Court: *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87. Developing the jurisprudence beyond the needs of a particular case might bring order to an area badly in need of it and might save wasteful, unnecessary litigation in the future. Additionally, in some contexts an important jurisprudential issue does not arise very often as a practical matter, giving rise to a concern that the issue is evasive of review. For example, in this case, the Information Commissioner cannot raise the jurisprudential issue very often because of resource limitations. Finally, there are cases like this, where counsel have been of great assistance and have done their best to empower us to decide it.

[41] But, on the other hand, some jurisprudential issues do not admit of an easy solution: judicial economy and the desire to solve it properly favour leaving it for another day. Sometimes, the settlement of the jurisprudential issue has high-stakes ramifications: its final

est saisie, en évitant les déclarations inutiles de portée générale. La recherche de solutions la pousse parfois à envisager une légère modification de sa jurisprudence, ce qu'elle ne fait que si elle le juge nécessaire et approprié, et le moins possible, et toujours sous réserve des lois fédérales auxquelles elle est assujettie.

Lorsque nous écartons le minimalisme judiciaire et, qu'à la place, nous énonçons à titre gracieux des principes juridiques généraux, nous nous faisons accuser de légiférer, ce qui excède notre compétence, non élus que nous sommes. En outre, sans les faits concrets qui éclairent nos décisions, tempèrent notre jugement et nous obligent à rendre compte, nous sommes davantage susceptibles de commettre des erreurs, de semer la pagaille et de faire du tort.

[...]

Mais un trop grand dévouement au minimalisme judiciaire peut parfois coûter excessivement cher. Les questions urgentes peuvent persister et s'aggraver, et les parties au litige peuvent en souffrir.

[40] On pourrait en dire davantage à ce sujet. D'une part, établir la jurisprudence de manière minimale par souci de minimalisme peut être contre-productif, inefficace et contraire à la nouvelle culture en matière de contentieux préconisée par la Cour suprême : *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87. Le fait d'établir la jurisprudence au-delà des besoins d'une instance précise pourrait permettre de mettre de l'ordre dans un domaine qui en a grandement besoin et d'éviter des litiges coûteux et superflus à l'avenir. En outre, dans certains contextes, il est plutôt rare qu'une question de droit importante soit soulevée, ce qui pourrait laisser croire que la question ne sera jamais tranchée par les tribunaux. À titre d'exemple, dans la présente instance, le commissaire à l'information ne peut soulever la question de droit très souvent en raison de son manque de ressources. Enfin, on rencontre des litiges comme celui dont nous sommes saisis, où les avocats nous ont beaucoup aidés et ont fait leur possible pour nous aider à rendre notre décision.

[41] D'autre part, certaines questions de droit ne se prêtent pas à une solution facile : l'économie judiciaire et le désir de résoudre la question correctement incitent à reporter la prise de la décision. Parfois, le règlement de la question de droit entraîne des conséquences

resolution will affect vital interests and, if the determination is wrong, these interests may be disrupted and injured. Sometimes certain issues by their nature are best served by courts seeing case after case before the doctrine is definitively settled; as both Justices Oliver Wendell Holmes and Benjamin Cardozo both recognized, the common law works inductively, with general rules best developed from particular cases: Frederic R. Kellogg, “Law, Morals, and Justice Holmes” (1986), 69 *Judicature* 214; Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (New Haven: Yale University Press, 1921), at pages 22 and 23. Finally, it is true that the high-stakes implications and the uncertainty surrounding a jurisprudential issue can be dispelled by the thoughtful writings of the legal academy; but until there are some, the high-stakes ramifications and uncertainty reign.

[42] Weighing these considerations, I consider it unwise for us at this stage in the development of this jurisprudence to express a definitive, binding-for-all-time view on the jurisprudential issue in this case. Nor would it be wise, without working out the principles fully, simply to adopt the Federal Court’s brief and rather automatic adoption in this case of earlier Federal Court cases—none of which have comprehensively examined the jurisprudential issue.

[43] The jurisprudential issue before us is a high-stakes one, fraught with ramifications of a far-reaching and hazardous kind. Mandatory exemptions come in all different shapes and sizes under different statutes with different purposes with different statutory wording. Crafting a legal test that works is a tricky thing. If we get it wrong, we might allow the disclosure of sensitive and harmful material that should be kept confidential in the public interest, thereby damaging the proper conduct of government. Or we might keep secret important material that the public should see, thereby inhibiting the sort of public comment that lies at the core of the guarantee of freedom of expression in paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and paragraph 1(d) of the *Canadian Bill of Rights*.

importantes : le règlement définitif aura des conséquences sur des intérêts essentiels et, si la décision est erronée, ces intérêts pourraient être perturbés et lésés. Parfois, en raison de la nature de certaines questions, il vaut mieux laisser les tribunaux trancher au cas par cas avant d’établir la règle de manière définitive. Comme l’ont reconnu les juges Oliver Wendell Holmes et Benjamin Cardozo, la common law fonctionne de manière inductive et il vaut mieux s’appuyer sur des cas particuliers pour élaborer les règles générales : Frederic R. Kellogg, « Law, Morals, and Justice Holmes » (1986), 69 *Judicature* 214; Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (New Haven : Yale University Press, 1921), aux pages 22 et 23. Enfin, il est vrai que l’on peut éliminer les conséquences importantes et l’incertitude entourant une question de droit grâce à la doctrine; cependant, jusqu’à ce qu’elle existe, les conséquences importantes et l’incertitude vont persister.

[42] Après avoir examiné ces facteurs, j’estime qu’il serait peu avisé à cette étape de l’établissement de la jurisprudence que notre Cour exprime une opinion définitive et contraignante sur la question de droit en l’espèce. Il ne serait non plus pas avisé, sans d’abord établir les principes, d’adopter tout simplement la décision brève et plutôt automatique de la Cour fédérale de suivre ses jugements antérieurs, dont aucun n’a comporté un examen approfondi de la question de droit.

[43] La question de droit dont nous sommes saisis comporte des enjeux considérables ayant des conséquences importantes et imprévues. Les exceptions obligatoires se présentent sous différentes formes, en vertu de différentes lois, avec différents objets et différents libellés. L’élaboration d’un critère juridique qui fonctionne n’est pas une mince affaire. À la moindre erreur, nous pourrions permettre la communication de renseignements confidentiels et préjudiciables qui, dans l’intérêt public, ne devraient pas être communiqués, car cela nuirait à la bonne administration de l’État. Inversement, nous pourrions retenir des renseignements importants que le public devrait connaître et ainsi entraver la discussion sur laquelle repose la liberté d’expression qui est enchâssée à l’alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à l’alinéa 1d) de la *Déclaration canadienne des droits*.

[44] As I shall explain below, there are certain questions associated with the Information Commissioner's test that require further study, full submissions and the benefit of Federal Court rulings. Sometime in the future, armed with those submissions, we may be able to resolve this jurisprudential issue once and for all.

[45] In *Rubin* and *Davidson*, above, this Court did not need to settle definitively the jurisprudential issue and so it did not do so. In the years since these cases have been decided, nothing has changed jurisprudentially or otherwise to give us the certainty or confidence needed to decide the jurisprudential issue. To decide it now would be a step too far.

[46] I know that some, for the best of motives, might be tempted to nibble a bit at the jurisprudential issue by making a one-off ruling that avoids a discussion of legal principle. For example, some might rule that “on the facts” or “in these circumstances”—without defining the facts or the circumstances—it was too late for the mandatory exemption to be asserted. Or they might rule that the late assertion of the mandatory exemption is “unfair.” Or they might just announce a ruling with no supporting analysis. These approaches are troubling.

[47] First, courts are supposed to reach decisions based on legal principle and doctrine. If legal principle and doctrine are not offered in support of a decision, there probably isn't any.

[48] Related to this is the deciding of matters merely “on the basis of all the facts” or “fairness”. This is to rely on concepts that are “empty vessel[s] to be filled with whatever meaning we might wish from time to time”: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 [at page 394], 38 D.L.R. (4th) 161, *per* McIntyre J. Such decisions, emanating from personal preferences rather than legal principle and doctrine, are legitimately open to attack based on the constitutional principle of the rule of law.

[44] Comme je l'expliquerai ci-dessous, certaines des questions liées au critère que propose le commissaire à l'information nécessitent un examen plus approfondi, des observations complètes et le bénéfice de décisions de la Cour fédérale. À un moment donné, lorsque nous disposerons de ces observations, nous pourrions régler une fois pour toutes la question de droit.

[45] Dans les arrêts *Rubin* et *Davidson*, précités, notre Cour n'avait pas à régler une fois pour toutes la question de droit et, par conséquent, elle ne l'a pas fait. Depuis que ces décisions ont été rendues, aucun changement, notamment de jurisprudence, ne s'est produit pour nous donner la certitude ou la confiance nécessaires pour trancher la question de droit. Nous irions trop loin en le faisant maintenant.

[46] Je suis conscient du fait que, pour les meilleures des raisons, certains pourraient être tentés de résoudre une petite partie de la question de droit en rendant une décision à caractère unique qui évitera une discussion des principes juridiques. Ainsi, certains pourraient décider, « eu égard aux faits » ou « compte tenu des circonstances », sans définir ces faits ou ces circonstances, qu'il était trop tard pour faire valoir l'exception obligatoire. D'autres pourraient juger que le fait de soulever tardivement l'exception obligatoire est « injuste ». Ou encore, on pourrait tout simplement rendre une décision sans analyse à l'appui. Ces approches sont troublantes.

[47] D'abord, les tribunaux sont censés fonder leurs décisions sur les règles de droit et les principes juridiques. Si les décisions ne sont pas étayées par des règles de droit et des principes juridiques, c'est qu'il n'en existe probablement pas.

[48] Cela est lié au fait de résoudre des litiges « selon l'ensemble des faits » ou « selon l'équité ». Cela équivaut à s'appuyer sur un concept qui n'est qu'« un simple contenant, à même de recevoir n'importe quelle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner » : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 [à la page 394], le juge McIntyre. De telles décisions, fondées sur des préférences personnelles plutôt que sur des règles de droit et des principes juridiques, sont légitimement susceptibles d'être contestées

[49] Finally and more practically, such a decision would be a precedent binding future panels of this Court. The precedent might be no more than “sometimes it will be too late to assert mandatory exemptions”. But that may be misleading and may wrongly influence later cases. Mandatory exemptions come in all different shapes and sizes under different statutes with different purposes with different statutory wording. After the jurisprudential issue is comprehensively settled, it may turn out that under all statutory regimes mandatory exemptions can be asserted at a late stage. Or perhaps mandatory exemptions can never be asserted at a late stage. Or perhaps only some, but only in certain defined circumstances. Until the jurisprudential issue is comprehensively settled, it is folly to nibble at it through one-off rulings.

[50] In this case, we do not know what the appellant’s interest in confidentiality is because the appellant was not permitted to adduce evidence in support of the mandatory exemption. If the evidence showed that the interest in confidentiality in this case is massive and that disclosure would harm Canada, would we still say that it is too late for the mandatory exemption to be asserted? To find “on the facts” or because of “fairness” that the mandatory exemption was asserted too late in this case is to take a blind stab in the dark in a high-stakes, uncertain area of law.

[51] Lastly, the list of government departments and institutions in Schedule II to the Act is long and the range of confidentiality interests recognized by Parliament is wide. The jurisprudential issue affects those interests and institutions and perhaps many other government institutions as well. To resolve the jurisprudential issue, the Court will need to be acquainted with all of those interests and institutions. As well, if it happens in a future case that the Attorney General is not present but should be, the Court may give the Attorney General notice of the case and invite her to appear: see paragraph 110(b) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106.

en vertu du principe constitutionnel de la primauté du droit.

[49] Enfin, et de façon plus pratique, une telle décision lierait les formations futures de notre Cour. La décision pourrait ne dire rien de plus que « parfois, il sera trop tard pour faire valoir des exceptions obligatoires ». Cependant, cela pourrait être trompeur et influencer erronément sur d’autres cas. Les exceptions obligatoires se présentent sous différentes formes, en vertu de différentes lois, avec différents objets et différents libellés. Lorsque la question de droit aura été pleinement résolue, on pourrait constater que, peu importe le régime légal, on peut toujours faire valoir des exceptions obligatoires à un moment tardif. Ou peut-être il n’est jamais possible de le faire. Ou peut-être peut-on en faire valoir certaines, mais seulement dans certaines situations bien définies. D’ici à ce que la question de droit ait été entièrement résolue, il serait vain de l’aborder une petite partie à la fois.

[50] En l’espèce, nous ignorons quel est l’intérêt des appelants à la confidentialité, car les appelants n’ont pu produire des éléments de preuve pour étayer l’exception obligatoire. Si la preuve offerte dans la présente instance montrait que l’intérêt à la confidentialité est énorme et que la divulgation serait préjudiciable pour le Canada, déclarerions-nous quand même qu’il est trop tard pour faire valoir une exception obligatoire? Conclure « selon les faits » ou « selon l’équité » que l’exception obligatoire a été invoquée trop tard reviendrait à donner un coup à l’aveuglette dans un domaine du droit qui a des enjeux de taille et est incertain.

[51] Enfin, la liste des institutions et des ministères fédéraux à l’annexe II de la Loi est longue et l’étendue des intérêts à la confidentialité reconnus par le législateur est vaste. La question de droit a une incidence sur ces intérêts et sur ces institutions et peut-être même également sur de nombreuses autres institutions fédérales. Pour résoudre la question de droit, la Cour devra se renseigner sur tous ces intérêts et toutes ces institutions. En outre, si à l’avenir le procureur général du Canada ne participe pas à une instance mais devrait le faire, la Cour pourrait l’informer de l’instance et l’inviter à présenter des observations : voir l’alinéa 110b) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106.

[52] For all these reasons, I refrain from determining the jurisprudential issue in this case. I do not comment on the Federal Court's reasoning and conclusions on it.

[53] Nor do I comment on the Information Commissioner's proposed analytical framework (at paragraph 29, above) except to offer a few words by way of assistance for future cases both in the Federal Court and in this Court.

[54] It seems that unless mandatory exemptions can always be asserted at a late stage, the sort of multi-factor approach that the Information Commissioner has proposed is methodologically sound: the various considerations, complex and conflicting, can only be captured by such an approach. The controversy—on which I shall refrain from commenting—comes in the content of the factors. Are the factors sufficiently grounded in the text, context and purpose of the *Access to Information Act*? Do the factors sufficiently take into account the text, context and purpose of the legislation under which the mandatory exemption arises? What if there is a conflict between the two? Are there any factors beyond those that the Information Commissioner has identified in this case? How should the Court go about weighing and balancing the factors?

[55] Other related questions may arise. Is there a distinction to be made between the listed exemptions under the Act (some discretionary, some mandatory) and the statutory prohibitions in section 24 listed in Schedule II of the Act? To what extent does the purpose set out in subsection 2(1) apply in cases where the statutory prohibitions in section 24 listed in Schedule II of the Act apply? If it does apply, how should it apply? If a party is not entitled to access *Defence Production Act* documents that are covered by section 30 of that Act, can a substantive right to access those documents be created by a procedural defect such as delay?

[52] Pour toutes ces raisons, j'éviterai de me prononcer sur la question de droit en l'espèce. Je ne ferai pas de commentaire sur le raisonnement de la Cour fédérale et sur ses conclusions à ce sujet.

[53] Je ne ferai pas non plus de commentaire sur le cadre analytique proposé par le commissaire (au paragraphe 29 ci-dessus), sauf pour dire quelques mots qui pourraient être utiles à la Cour fédérale et à notre Cour lors d'affaires futures.

[54] Il semble que, sauf s'il est toujours possible de faire valoir une exception obligatoire à un moment tardif, le critère à plusieurs facteurs proposé par le commissaire à l'information est une méthode solide. Les divers facteurs à prendre en considération, à la fois complexes et contradictoires, ne peuvent être saisis qu'au moyen d'une telle approche. La controverse — sur laquelle je n'émettrai pas de commentaire — est attribuable au contenu de ces facteurs. Est-ce que les facteurs sont suffisamment bien ancrés dans le texte, le contexte et l'objet de la *Loi sur l'accès à l'information*? Est-ce que les facteurs tiennent suffisamment compte du texte, du contexte et de l'objet de la loi dont découle l'exception obligatoire? Qu'arrive-t-il s'il y a un conflit entre les deux? Existe-t-il des facteurs autres que ceux que le commissaire à l'information a soulevés dans la présente instance? De quelle manière la Cour devrait-elle pondérer et équilibrer ces facteurs?

[55] D'autres questions connexes pourraient se poser. Doit-on faire une distinction entre les exceptions qui sont énumérées dans la Loi (certaines sont discrétionnaires, d'autres sont obligatoires) et les interdictions fondées sur d'autres lois qui sont prévues à l'article 24 et qui sont énumérées à l'annexe II de la Loi? L'objet énoncé au paragraphe 2(1) de la Loi s'applique-t-il aux cas visés par les interdictions prévues à l'article 24 et qui sont énumérées à l'annexe II de la Loi? S'il s'applique, comment devrait-il l'être? Si une partie n'a pas droit, en vertu de la *Loi sur la production de défense*, aux documents visés par l'article 30 de cette loi, peut-on créer un droit de fond d'accès à ces documents au moyen d'un vice de procédure tel qu'un retard?

[56] Another question is whether a court, confronted with a mandatory exemption asserted late should adjourn and remit the matter to the Information Commissioner for investigation.

[57] With more guidance on this—perhaps from the Federal Court’s redetermination of this matter, other Federal Court decisions, considered academic commentaries and the submissions of counsel including the Attorney General—this Court may consider itself one day to be empowered to settle the jurisprudential issue. But that day is not today.

D. Proposed disposition

[58] Therefore, for the foregoing reasons, I would allow the appeal and set aside the judgment of the Federal Court. I would remit the matter to the Federal Court to receive evidence from the parties concerning the exemption under section 30 of the *Defence Production Act*, including why it was asserted late, and to redetermine the matter.

[59] The appellants are successful in this appeal. Normally costs, here and below, would follow the event. However, the only issue on appeal concerns the appellants’ late assertion of the mandatory exemption under the *Defence Production Act*. Had they asserted the mandatory exemption in a timely way, this appeal might never have been necessary. Accordingly, I would not make any order as to the costs on appeal. In its redetermination, the Federal Court may consider the issue of costs for the original hearing before it and in the redetermination.

[60] The Court wishes to thank counsel for their excellent submissions.

RENNIE J.A.: I agree.

\*\*\*

[56] On peut aussi se demander si le tribunal, lorsqu’on fait valoir une exception obligatoire à un moment tardif, devrait ajourner l’affaire et la renvoyer au commissaire à l’information pour enquête.

[57] Si elle obtient des conseils à ce sujet — peut-être d’une nouvelle décision de la Cour fédérale en l’espèce, d’autres décisions de la Cour fédérale, de la doctrine et des observations des avocats, notamment le procureur général — notre Cour pourrait un jour estimer qu’elle est en mesure de régler la question de droit. Ce jour n’est pas encore venu.

D. Dispositif proposé

[58] Par conséquent, pour ces motifs, j’accueillerais l’appel et j’annulerais le jugement de la Cour fédérale. Je renverrais l’affaire à la Cour fédérale pour qu’elle puisse recevoir des éléments de preuve des parties concernant l’exception prévue à l’article 30 de la *Loi sur la production de défense*, notamment la raison pour laquelle on l’a invoquée tardivement, et déterminer l’affaire à nouveau.

[59] Les appelants ont eu gain de cause. Habituellement, à notre Cour et à la Cour fédérale, les dépens suivent l’issue de la cause. Cependant, la seule question en litige lors de l’appel portait sur le fait que les appelants avaient fait valoir tardivement l’exception obligatoire en vertu de la *Loi sur la production de défense*. S’ils avaient fait valoir l’exception obligatoire au moment opportun, le présent appel n’aurait peut-être jamais été nécessaire. Par conséquent, je n’adjugerais pas de dépens pour l’appel. Au moment de sa nouvelle détermination, la Cour fédérale pourra se pencher sur la question des dépens pour l’audience initiale à cette Cour et pour la nouvelle détermination.

[60] La Cour remercie les avocats pour leurs excellentes observations.

RENNIE, J.C.A. : Je suis d’accord.

\*\*\*

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

[61] BOIVIN J.A. (dissenting): I have had the benefit of reading the reasons drafted by my colleague Stratas J.A. With respect, I am unable to agree with him that the appeal should be allowed.

[62] From the outset, I consider it fundamental to recall the manner in which the case proceeded before the Federal Court. As part of the proceedings leading to the judicial review hearing, the Federal Court refused to grant Defence Construction Canada's request for an adjournment five days prior to the commencement of the hearing (the Order). My colleague concludes [paragraph 23, above] that "the late nature of the assertion of the exemption and the need to file evidence in support of it could not be, by itself, a sufficient ground to refuse the adjournment so that the issue of lateness could be considered." I disagree.

[63] The order denying the adjournment was issued as a separate decision prior to the decision under appeal: the Federal Court released the order on July 9, 2015 and the decision under appeal was rendered approximately six weeks later on August 24, 2015. Yet, the order was not appealed by Defence Construction Canada as it could have pursuant to paragraph 27(1)(c) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. Nor did Defence Construction Canada make a motion before this Court requesting a retroactive extension of time to appeal the order and have the matter consolidated or heard together with the appeal on the merits of the judicial review application. Moreover, nowhere in the notice of appeal, in the memoranda of fact and law or, in oral argument before our Court was the order challenged. On this basis alone, I cannot agree that our Court ought to intervene and in effect overrule the order.

[64] Even assuming that it was open to our Court to decide this appeal for purposes of overturning the order, I am unable to find a reviewable factual or legal error. It is not open to an appellate court to intervene in a

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

[61] LE JUGE BOIVIN, J.C.A. (dissident) : J'ai pu lire les motifs rédigés par mon collègue le juge Stratas. Avec égards, je suis incapable de convenir avec lui que l'appel devrait être accueilli.

[62] D'entrée de jeu, j'estime qu'il est essentiel de se rappeler la manière dont la Cour fédérale a été saisie de l'affaire. Au cours de la procédure qui a mené à l'audience de contrôle judiciaire, la Cour fédérale avait refusé d'accueillir la requête en ajournement de Construction de défense Canada cinq jours avant le début de l'audition (l'ordonnance). Mon collègue conclut [au paragraphe 23 ci-haut] que « l'invocation tardive de l'exception et la nécessité de déposer des éléments de preuve pour l'étayer ne peuvent, à elles seules, constituer un motif suffisant pour refuser la demande d'ajournement afin que la question du retard puisse être examinée ». Je ne suis pas de cet avis.

[63] L'ordonnance refusant l'ajournement a été rendue séparément, avant la décision visée par l'appel : la Cour fédérale a rendu l'ordonnance le 9 juillet 2015 et la décision visée par l'appel a été rendue environ six semaines plus tard, soit le 24 août 2015. Pourtant, Construction de défense Canada ne porte pas l'ordonnance en appel, comme elle aurait pu le faire en vertu de l'alinéa 27(1)c) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7. Construction de défense Canada n'a pas non plus présenté de requête à notre Cour demandant une prorogation rétroactive du délai accordé pour en appeler de l'ordonnance et demandant que cette requête soit réunie avec l'appel ou entendue en même temps que l'appel. En outre, l'ordonnance n'est contestée nulle part dans l'avis d'appel, dans le mémoire des faits et du droit ou lors des plaidoiries orales à notre Cour. Pour ce seul motif, je ne peux accepter que notre Cour doive intervenir et, dans les faits, écarter l'ordonnance.

[64] Même en supposant que notre Cour puisse trancher le présent appel afin d'annuler l'ordonnance, je suis incapable de trouver une erreur de fait ou de droit justifiant l'annulation. Une cour d'appel ne peut pas

judge's discretionary decision unless it identifies an error of law, a palpable and overriding error of fact (see e.g. *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331, at paragraphs 68 and 69). Therefore even if the order were in play, I see no basis to disturb the Federal Court's discretionary decision to deny Defence Construction Canada's request for an adjournment.

[65] Just as significant, in my view, is that to overturn the order in the present case overlooks the circumstances in which it was made. My colleague construes the order as saying that "Defence Construction Canada could not file evidence to support the mandatory exemption and to justify its late assertion because the request to do so was too late." Respectfully, this does not give sufficient consideration to the fact that, as part of the order, the Federal Court expressly ordered that it would hear counsel on the issue of the late-claimed exemption, including the possibility of filing supplementary written submissions in this regard following the hearing.

[66] Indeed, the parties did argue the issue at the hearing before the Federal Court and in fact confirmed at that hearing that the issue "had been sufficiently canvassed, such that no further written submissions were necessary" (Federal Court's decision, at paragraph 17).

[67] Thus, all were in agreement that the Federal Court was provided with what it needed for purposes to adjudicate upon the issue of the late-claimed exemption. In the circumstances, I cannot agree that it would be appropriate to, in effect, overrule the order by remanding the matter to the Federal Court for redetermination. In my respectful view, it was open to the Federal Court, and indeed appropriate in the circumstances given the parties' agreement in that regard, to rule upon the jurisprudential issue in the way it did based on the record before it.

modifier la décision discrétionnaire d'un juge à moins d'y constater une erreur de droit ou une erreur de fait manifeste et dominante (voir, par exemple, *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331, aux paragraphes 68 et 69). Par conséquent, même si l'ordonnance était en jeu, je ne vois aucune raison de modifier la décision discrétionnaire de la Cour fédérale rejetant la requête en ajournement de Construction de défense Canada.

[65] Il est tout aussi important, à mon avis, qu'en annulant l'ordonnance en l'espèce, on ne tient pas compte des circonstances dans lesquelles celle-ci a été rendue. Mon collègue interprète l'ordonnance comme suit : « Construction de défense Canada ne pouvait pas déposer d'élément de preuve pour étayer l'exception obligatoire et expliquer pourquoi elle l'avait soulevée tardivement parce que sa requête était présentée trop tard ». Avec égards, cela ne tient pas suffisamment compte du fait que, dans son ordonnance, la Cour fédérale a déclaré expressément que les avocats pouvaient présenter des observations au sujet de l'exception invoquée tardivement, notamment en déposant des observations écrites supplémentaires à ce sujet après l'audience.

[66] De fait, les parties ont présenté des observations sur cette question lors de l'audience à la Cour fédérale et, en fait, ont confirmé à l'audience que les questions « avaient été suffisamment analysées et qu'il n'était plus nécessaire de présenter des observations écrites complémentaires » (décision de la Cour fédérale, au paragraphe 17).

[67] Ainsi, tous reconnaissaient que la Cour fédérale disposait de tout ce dont elle avait besoin pour statuer sur la question de l'exception invoquée tardivement. Vu les circonstances, je ne peux accepter qu'il puisse être approprié, en fait, d'écarter l'ordonnance en renvoyant l'affaire à la Cour fédérale pour une nouvelle détermination. À mon avis, la Cour fédérale pouvait statuer sur la question de droit comme elle l'a fait, en s'appuyant sur le dossier dont elle était saisie, d'autant plus que les parties étaient d'accord à cet égard.



[68] Our Court is now seized of an appeal of the Federal Court's decision and it is accordingly our duty to address it.

[69] The narrow question that was squarely put before our Court by Defence Construction Canada and the Information Commissioner, the intervener, is the following: did the Federal Court commit a legal error in holding that the Defence Construction Canada could not late-claim a mandatory exemption under subsection 24(1) of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1?

[70] In this appeal, the standard of review is correctness given that the issue, by definition, never arose before the administrative decision maker (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada (Office of the Information Commissioner) v. Canada (National Defence)*, 2015 FCA 56, [2016] 1 F.C.R. 213; *Blank v. Canada (Justice)*, 2016 FCA 189, 7 Admin L.R. (6th) 30).

[71] As part of its decision on the judicial review application, the Federal Court correctly rejected the contention that a government institution such as Defence Construction Canada may late-claim a mandatory exemption under subsection 24(1) of the *Access to Information Act*. In dealing with the issue and reaching this conclusion (paragraphs 77 and 88), the Federal Court thoroughly considered the jurisprudence regarding exemptions. It did so first by pointing to this Court's decision in *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1989] 2 F.C. 341, (1989), 36 Admin. L.R. 251 (C.A.) (*Davidson F.C.A.*). In *Davidson F.C.A.*, this Court held, in the context of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, that discretionary exemptions cannot be late-claimed. The Federal Court noted at paragraph 82 of its decision that the reasoning in *Davidson F.C.A.* has since been applied to mandatory exemptions under the *Access to Information Act* (*Rubin v. Canada (Minister of Health)*, 2001 FCT 929, 210 F.T.R. 84, at paragraphs 55–60 (aff'd 2003 FCA 37, 23 C.P.R. (4th) 312; *Geophysical Service Inc. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, 2003 FCT 507, 26 C.P.R. (4th) 190, at paragraphs 40 and 41).

[68] Notre Cour est maintenant saisie d'un appel de la décision de la Cour fédérale et, en conséquence, il nous incombe d'y répondre.

[69] La question précise que nous a présentée Construction de défense Canada et le commissaire à l'information intervenant est la suivante : est-ce que la Cour fédérale a commis une erreur de droit en concluant que Construction de défense Canada ne pouvait pas invoquer tardivement une exception obligatoire en vertu du paragraphe 24(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1?

[70] Dans le présent appel, la norme de révision est la norme de la décision correcte, puisque la question en litige, par définition, n'a jamais été soumise au décideur administratif (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Défense nationale)*, 2015 CAF 56, [2016] 1 R.C.F. 213; *Blank c. Canada (Justice)*, 2016 CAF 189).

[71] Dans sa décision concernant la demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale a rejeté, à juste titre, l'affirmation selon laquelle une institution fédérale telle que Construction de défense Canada peut invoquer tardivement une exception obligatoire en vertu du paragraphe 24(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. En se penchant sur cette question et en tirant cette conclusion (paragraphes 77 à 88), la Cour fédérale a examiné minutieusement la jurisprudence concernant les exceptions. Elle l'a fait tout d'abord en renvoyant à la décision de notre Cour dans *Davidson c. Canada (Solliciteur général)*, [1989] 2 C.F. 341 (C.A.) (*Davidson C.A.F.*). Dans l'arrêt *Davidson C.A.F.*, notre Cour a conclu, dans le cas de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, qu'on ne peut invoquer tardivement une exception discrétionnaire. La Cour fédérale a mentionné au paragraphe 82 de ses motifs que le principe énoncé dans l'arrêt *Davidson C.A.F.* avait par la suite été appliqué aux exceptions obligatoires en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* (*Rubin c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2001 CFPI 929, aux paragraphes 55 à 60, conf. par 2003 CAF 37; *Geophysical Service Inc. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, 2003 CFPI 507, aux paragraphes 40 et 41).

[72] The Federal Court also disagreed with Defence Construction Canada's reliance upon *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)* (1999), 240 N.R. 244 (F.C.A.), a case dealing with discretionary exemptions in which this Court referred to in *Davidson F.C.A.* Defence Construction Canada attempted to draw an inference from the Information Commissioner's choice in that case to abstain from taking a position on whether mandatory exemptions may be late-claimed, which the Federal Court rejected. Finally, the Federal Court addressed this Court's decision in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)*, 2003 FCA 68, 224 D.L.R. (4th) 498 (*Canada Environment*). In that case, our Court allowed a government institution to raise exemptions after the Information Commissioner's investigation concluded. The Federal Court distinguished *Canada Environment* on the basis that the government institution at issue in that case had taken the initial position that the requested documents were wholly outside the *Access to Information Act's* scope, making it unnecessary to claim specific exemptions. Our Court observed that the circumstances in *Canada Environment* were exceptional. The Federal Court in the present case further observed that the reasons in *Canada Environment* are limited to that specific case.

[73] Hence, the consensus that emerges from the jurisprudence is that a government institution cannot late-claim an exemption, including a mandatory one, if that exemption was not put before the Information Commissioner during the investigation. That is so in order to safeguard the requester's quasi-constitutional right of access and the first level of independent review of the Information Commissioner (*Canadian Broadcasting Corporation v. Canada (Information Commissioner)*, 2010 FC 954, 377 F.T.R. 100 (*Canadian Broadcasting*), at paragraph 33 (aff'd 2011 FCA 326, 344 D.L.R. (4th) 341)). In my view, the Federal Court properly highlighted the concern that permitting a government institution to late-claim exemptions would deny requestors the benefit of the mechanism vested in the Information Commissioner's mandate (Federal Court's decision, at

[72] La Cour fédérale n'était pas non plus d'accord avec le fait que Construction de défense Canada se fondait sur l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1999] A.C.F. n° 522 (QL) (C.A.), une décision qui portait sur les exceptions discrétionnaires et que notre Cour avait mentionnée dans l'arrêt *Davidson C.A.F.* Construction de défense Canada a tenté de tirer une inférence du choix du commissaire à l'information dans cette affaire de s'abstenir de se prononcer sur la possibilité que des exceptions obligatoires puissent être invoquées tardivement, ce que la Cour fédérale a rejeté. Enfin, la Cour fédérale s'est penchée sur la décision de notre Cour dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2003 CAF 68 (*Ministre de l'Environnement*). Dans cette affaire, notre Cour a permis à une institution fédérale de soulever des exceptions après la conclusion de l'enquête du commissaire à l'information. La Cour fédérale a établi une distinction avec l'arrêt *Ministre de l'Environnement* pour le motif que l'institution fédérale en cause dans cette affaire avait adopté comme position initiale que les documents demandés étaient hors de la portée de la *Loi sur l'accès à l'information*, de sorte qu'il n'était pas nécessaire d'invoquer des exceptions précises. Notre Cour a noté que les circonstances dans l'arrêt *Ministre de l'Environnement* étaient exceptionnelles. En l'espèce, la Cour fédérale a également noté que les motifs dans l'arrêt *Ministre de l'Environnement* se limitaient à cette instance précise.

[73] Par conséquent, le consensus qui émerge de la jurisprudence est qu'une institution fédérale ne peut pas demander une exception tardivement, même une exception obligatoire, si cette exception n'a pas été présentée au commissaire à l'information pendant l'enquête. Il en est ainsi afin de protéger le droit d'accès quasi constitutionnel du demandeur et la révision indépendante au premier palier par le commissaire à l'information (*Société Radio-Canada c. Canada (Commissaire à l'information)*, 2010 CF 954 (*Société Radio-Canada*), au paragraphe 33, conf. par 2011 CAF 326). À mon avis, la Cour fédérale a souligné à juste titre que le fait de permettre à une institution fédérale d'invoquer une exception tardivement priverait les demandeurs du bénéfice du mandat légal du commissaire (décision de la Cour fédérale, au paragraphe 80). Notre Cour a exprimé explicitement

paragraph 80). That concern was specifically expressed by our Court in *Davidson F.C.A.*, at paragraph 14 [page 348]:

It is no doubt true, as the appellant argued, that a Federal Court trial judge, on a review of a refusal of access by an institution head which, as here, is upheld by the Commissioner, has adequate powers of review over the decision of the institution head, though it must be said that a judge sitting in Court lacks the investigative staff and flexibility of the Commissioner. More important, if new grounds of exemption were allowed to be introduced before the judge after the completion of the Commissioner's investigation into wholly other grounds, as is the issue in the case at bar, the complainant would be denied entirely the benefit of the Commissioner's procedures. He would thus be cut down from two levels of protection to one. [Emphasis added.]

[74] I further observe that when one considers the *Access to Information Act's* objective and the overall scheme, and giving effect to the Information Commissioner's role and mandate confirmed by Parliament, the general principle that mandatory exemptions cannot be late-claimed is sound (*Canadian Broadcasting*).

[75] It is true that the general principle whereby exemptions under the *Access to Information Act* cannot be late-claimed could admit exceptions in certain limited circumstances such as those raised in *Canada Environment* or, in *obiter*, in *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1987] 3 F.C. 15, (1987), 41 D.L.R. (4th) 533 (T.D.), at paragraph 7 [page 22]; *Davidson F.C.A.*, at paragraph 11 [page 347]. For instance, national security concerns may very well be an interest that could fall within an exception. However, if a party was of the view that an exception was warranted, the burden to justify reliance on an exemption provision for the first time before the Federal Court — i.e. post-investigation by the Information Commissioner would be on the party claiming the exception to the general principle. In the present case, such circumstances are non-existent. Defence Construction Canada has not pointed to an interest it sought to protect before the Federal Court or before our Court.

cette inquiétude dans l'arrêt *Davidson C.A.F.*, au paragraphe 14 (page 348) :

Il est indubitablement vrai, comme le soutient l'appelant, qu'un juge de première instance de la Cour fédérale a des pouvoirs de révision appropriés sur le refus du responsable d'une institution fédérale, appuyé comme en l'espèce par le Commissaire, de donner communication de renseignements personnels, bien qu'on doive dire qu'un juge siégeant à la Cour n'a pas le personnel investigateur et la flexibilité du Commissaire. Il y a plus important encore, si on permettait que de nouveaux motifs d'exemption soient présentés devant le juge après l'achèvement de l'enquête du Commissaire sur des motifs tout autres, comme c'est le cas en l'espèce, le plaignant se verrait refuser l'avantage des procédures du Commissaire. Il aurait ainsi droit à un seul niveau de protection au lieu de deux. [Non souligné dans l'original.]

[74] Je mentionne également que, si l'on prend en considération l'objet de la *Loi sur l'accès à l'information* et son économie générale, et si l'on donne suite au rôle et au mandat que le législateur a confiés au commissaire à l'information, le principe général voulant que l'on ne puisse pas faire valoir tardivement des exceptions obligatoires est bien fondé (*Société Radio-Canada*).

[75] Il est vrai que le principe général selon lequel on ne peut pas invoquer tardivement des exceptions en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* pourrait avoir des exceptions dans des circonstances limitées, telles que celles qui ont été soulevées dans l'arrêt *Ministre de l'Environnement* ou, dans une remarque incidente, dans la décision *Davidson c. Canada (Solliciteur général)*, [1987] 3 C.F. 15 (1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 7 [page 22]; l'arrêt *Davidson C.A.F.*, au paragraphe 11 [page 347]. Par exemple, des préoccupations quant à la sécurité nationale pourraient fort bien constituer un intérêt faisant l'objet d'une exception. Toutefois, si une partie était d'avis qu'une exception est justifiée, il lui incomberait de justifier le fait d'invoquer une exception pour la première fois à la Cour fédérale, c'est-à-dire après l'enquête du commissaire à l'information. En l'espèce, de telles circonstances n'existent pas. Construction de défense Canada n'a pas fait valoir d'intérêt qu'elle cherche à protéger à la Cour fédérale ou à notre Cour.

[76] Given my conclusion with respect to section 24 of the *Access to Information Act*, it is unnecessary to address the subsidiary issue of whether section 30 of the *Defence Production Act*, R.S.C., 1985, c. D-1 applies to the facts of this case.

[77] For these reasons, I would dismiss the appeal, without costs as none were requested.

[76] Vu ma conclusion concernant l'article 24 de la *Loi sur l'accès à l'information*, il n'est pas nécessaire de traiter la question subsidiaire, à savoir si l'article 30 de la *Loi sur la production de défense*, L.R.C. (1985), ch. D-1, s'applique à l'espèce.

[77] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel, sans dépens, puisqu'on n'en a pas demandé l'adjudication.

---

	2017 FCA 156 A-180-16	2017 CAF 156 A-180-16
<b>Mario Montminy</b> ( <i>Appellant</i> )		<b>Mario Montminy</b> ( <i>appellant</i> )
v.		c.
<b>Her Majesty the Queen</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Sa Majesté la Reine</b> ( <i>intimée</i> )
	A-181-16	A-181-16
<b>Alberto Galego</b> ( <i>Appellant</i> )		<b>Alberto Galego</b> ( <i>appelant</i> )
v.		c.
<b>Her Majesty the Queen</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Sa Majesté la Reine</b> ( <i>intimée</i> )
	A-182-16	A-182-16
<b>Serge Latulippe</b> ( <i>Appellant</i> )		<b>Serge Latulippe</b> ( <i>appelant</i> )
v.		c.
<b>Her Majesty the Queen</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Sa Majesté la Reine</b> ( <i>intimée</i> )
	A-183-16	A-183-16
<b>Rémi Dutil</b> ( <i>Appellant</i> )		<b>Rémi Dutil</b> ( <i>appelant</i> )
v.		c.
<b>Her Majesty the Queen</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Sa Majesté la Reine</b> ( <i>intimée</i> )
	A-184-16	A-184-16
<b>Éric Haché</b> ( <i>Appellant</i> )		<b>Éric Haché</b> ( <i>appelant</i> )
v.		c.
<b>Her Majesty the Queen</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Sa Majesté la Reine</b> ( <i>intimée</i> )
	A-185-16	A-185-16
<b>Philippe Beauchamp</b> ( <i>Appellant</i> )		<b>Philippe Beauchamp</b> ( <i>appelant</i> )
v.		c.

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

**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)

A-186-16

A-186-16

**Jacques Benoit** (*Appellant*)

**Jacques Benoit** (*appellant*)

v.

c.

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

**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)

*INDEXED AS: MONTMINY v. CANADA*

*RÉPERTORIÉ : MONTMINY c. CANADA*

Federal Court of Appeal, Noël C.J., Scott and Boivin, J.J.A.—Montréal, June 6; Ottawa, July 14, 2017.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Noël, juges Scott et Boivin, J.C.A. — Montréal, 6 juin; Ottawa, 14 juillet 2017.

*Income Tax — Income Calculations — Deductions — Consolidated appeals from Tax Court of Canada (T.C.C.) judgments confirming notices of assessment issued against appellants, which disallowed deduction appellants claimed for 2007 taxation year under Income Tax Act, s. 110(1)(d) following sale of shares issued by their employer under stock option plan — T.C.C. concluding that appellants not having incurred, with regard to shares sold, necessary risk to be entitled to deduction claimed — Appellants granted stock options for shares of Canadian-controlled private corporation (CCPC) — After exercising stock options, declaring taxable benefit, claiming deduction equal to 50 percent of taxable benefit — Minister of National Revenue reassessing against appellants, disallowing deduction claimed — Appellants arguing that T.C.C. neglecting to consider risk incurred while they held options, that Income Tax Regulations (Regulations), s. 6204(1)(b) anti-avoidance provision — Whether T.C.C., in concluding that appellants not having incurred, with regard to shares sold, necessary risk to be entitled to deduction claimed, neglected to consider risk they incurred while they held stock options — T.C.C. conducting textual, contextual analysis of provisions in question — T.C.C.'s textual analysis leading to conclusion that no logical connection between Regulations, ss. 6204(1)(b), 6204(2)(c) such that exception provided in s. 6204(2)(c) would not allow for requirements set out in first to be disregarded — T.C.C.'s conclusion going against language of s. 6204(2)(c) since paragraph must apply without reference to obligation to redeem — T.C.C. not considering logical connection between two paragraphs through s. 6204(1)(a)(iv), which connection clear if s. 6204(1)(b) anti-avoidance provision intended to ensure full compliance with s. 6204(1)(a)(iv) — Anti-avoidance purpose of Regulations, s. 6204(1)(b) allowing for reading of s. 6204(2)(c) in line with wording thereof — As for T.C.C.'s contextual analysis, T.C.C. correctly stating policy objective of s. 6204(1)(b) but neglecting to consider risk incurred*

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Appels consolidés à l'encontre de jugements dans lesquels la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) a confirmé les avis de cotisation établis à l'égard des appelants, dans lesquels la déduction réclamée par les appelants pour l'année d'imposition 2007 a été refusée en vertu de l'art. 110(1)d) de la Loi de l'impôt sur le revenu, à la suite de la vente d'actions émises par leur employeur dans le cadre d'un régime d'option d'achat d'actions — La C.C.I. a conclu que les appelants n'avaient pas encouru, à l'égard des actions vendues, le risque nécessaire pour avoir droit à la déduction réclamée — Les appelants avaient obtenu des options d'achat d'actions d'une société privée sous contrôle canadien (SPCC) — Après avoir exercé les options d'achat d'actions, ils ont déclaré un avantage imposable et ont réclamé une déduction égale à 50 p. 100 de l'avantage imposable — La ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation à l'encontre des appelants et a refusé la déduction réclamée — Les appelants ont prétendu que la C.C.I. a omis de considérer le risque encouru pendant qu'ils détenaient leurs options et que l'art. 6204(1)b) du Règlement d'impôt sur le revenu (Règlement) est une disposition anti-évitement — Il s'agissait de déterminer si la C.C.I., en concluant que les appelants n'ont pas encouru, à l'égard des actions vendues, le risque nécessaire pour avoir droit à la déduction réclamée, a omis de considérer le risque qu'ils ont encouru pendant qu'ils détenaient les options d'achat d'actions — La C.C.I. a procédé à une analyse textuelle et à une analyse contextuelle des dispositions en cause — L'analyse textuelle a mené la C.C.I. à conclure qu'il n'existe entre l'art. 6204(1)b) et l'art. 6204(2)c) du Règlement aucun lien logique de sorte que l'exception prévue à l'art. 6204(2)c) ne permettait pas que l'on fasse abstraction des exigences énoncées dans le premier alinéa — La conclusion de la C.C.I. allait à l'encontre du libellé de l'art. 6204(2)c), car cette disposition doit s'appliquer compte non tenu de l'obligation de rachat — La C.C.I. n'a pas examiné le lien logique entre les deux dispositions*

by appellants while they held their options, period that also had to be considered to determine whether appellants meeting Parliament's requirements therein — Act, s. 110(1)(d) applying to shares issued by both CCPC or public corporation, addressing issue of risk differently than s. 110(1)(d.1) in that allowing for 50 percent deduction by reference to features relating to type of share in issue, exercise price of the option — Fact appellants exposed to risk from when options granted, that shares at issue prescribed shares explaining in particular why appellants could have claimed 50 percent deduction if they had sold options to Cybectec instead of exercising them, having shares redeemed — Clearly, favourable treatment would not be warranted if appellants not meeting risk requirement — For purposes of Act, s. 110(1)(d), not imposition of holding period that ensures existence of risk element but particular characteristics of prescribed share, minimum price at which option must be exercised — However, T.C.C. reaching opposite conclusion — Regulations, s. 6204(1)(b) must be read with s. 6204(1)(a)(iv), which prevents deduction from being claimed with respect to shares which embody obligation to redeem — Because Regulations, s. 6204(1)(b) intended to prevent avoidance of s. 6204(1)(a)(iv), not open to T.C.C. to rely on s. 6204(1)(b) as basis for denying deduction claimed in circumstances where s. 6204(1)(c)(iv) not avoided — Appeals allowed.

These were seven consolidated appeals from Tax Court of Canada (T.C.C.) judgments confirming in a single set of reasons the notices of assessment issued against the appellants, which disallowed the deduction they claimed for the 2007 taxation year under paragraph 110(1)(d) of the *Income Tax Act* following the sale of shares issued by their employer under a stock option plan. The T.C.C. concluded that the appellants had not incurred, with regard to the shares sold, the necessary risk to be entitled to the deduction claimed. The appellants argued that, in coming to this conclusion, the T.C.C. neglected to consider the risk incurred while they held their options.

par l'entremise de l'art. 6204(1)a(iv), lien qui est évident si l'art. 6204(1)b est une mesure anti-évitement qui a pour but d'assurer le plein respect de l'art. 6204(1)a(iv) — L'objectif anti-évitement de l'art. 6204(1)b du Règlement permet de faire une lecture fidèle de l'art. 6204(2)c — En ce qui concerne l'analyse contextuelle qu'elle a effectuée, la C.C.I. a énoncé avec justesse la politique fiscale de l'art. 6204(1)b, mais elle a négligé de prendre en considération le risque encouru par les appelants pendant qu'ils détenaient leurs options, laquelle période devait être prise en compte également afin de déterminer si les appelants répondaient aux exigences que le législateur y a énoncées — L'art. 110(1)d de la Loi s'applique à l'égard des actions émises par une SPCC ou une société publique et aborde la question du risque différemment de l'art. 110(1)d.1, car il donne droit à une déduction de 50 p. 100 en fonction de critères axés sur le type d'actions en cause et le prix d'exercice de l'option — Le fait que les appelants ont été assujettis à un risque dès le moment où les options ont été octroyées et que les actions en cause étaient des actions visées, explique plus particulièrement pourquoi les appelants auraient pu réclamer une déduction de 50 p. 100 s'ils avaient cédé les options à Cybectec au lieu de les exercer et de vendre des actions — Il va sans dire qu'un traitement favorable n'aurait pas sa raison d'être si les appelants n'avaient pas satisfait à l'exigence relative au risque — Aux fins de l'art. 110(1)d de la Loi, ce n'est pas l'imposition d'une période de détention qui assure l'existence d'un risque, mais bien les caractéristiques particulières d'une action visée et le prix minimum établi pour l'exercice de l'option — Toutefois, la C.C.I. en est arrivée à la conclusion contraire — L'art. 6204(1)b du Règlement doit être lu de pair avec l'art. 6204(1)a(iv), qui disqualifie toute action dont les caractéristiques permettent qu'elle soit rachetée — Puisque l'art. 6204(1)b du Règlement a pour mission d'empêcher l'évitement de l'art. 6204(1)a(iv), la C.C.I. ne pouvait invoquer l'art. 6204(1)b pour refuser la déduction réclamée compte tenu du fait que l'art. 6204(1)c(iv) n'a pas été contourné — Appels accueillis.

Il s'agissait de sept appels consolidés qui étaient dirigés à l'encontre de jugements dans lesquels la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) a confirmé dans un seul jeu de motifs les avis de cotisation établis à l'encontre des appelants, lesquels ont eu pour effet de refuser aux appelants la déduction qu'ils ont réclamée pour l'année d'imposition 2007 en vertu de l'alinéa 110(1)d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à la suite de la vente d'actions émises par leur employeur dans le cadre d'une convention d'option d'achat d'actions. La C.C.I. a conclu que les appelants n'avaient pas encouru, à l'égard des actions vendues, le risque nécessaire pour avoir droit à la déduction réclamée. Les appelants ont prétendu qu'en tirant cette conclusion, la C.C.I. a omis de considérer le risque encouru pendant qu'ils détenaient leurs options.

At the relevant time, 9178-4488 Québec Inc. (Cybertec) was a Canadian-controlled private corporation (CCPC). In December 2001, the appellants were granted stock options for shares of Cybertec's capital stock. The terms of the employee stock option plan (agreement or plan) initially provided that the holder of an option could not exercise it unless there was a public offering by Cybertec or a sale of all the shares of its capital stock issued and in circulation. In 2007, Cybertec received an offer from another company to acquire the bulk of its assets. The plan was modified to include this type of event as a trigger for the right to exercise the options. After Cybertec's assets were acquired by the other company in January 2007, the appellants were issued shares in Cybertec at 20¢ per share, the exercise price set out in the agreement. They then sold them the same day to Cybertec's parent company for \$1.2583 per share. The exercise price was established in accordance with the terms of the agreement based on the fair market value (FMV) of the shares at the time the options were granted in December of 2001. Further to this transaction, the appellants declared a taxable benefit of \$1.0583 per share and claimed a deduction equal to 50 percent of the taxable benefit pursuant to paragraph 110(1)(d) of the Act. On November 16, 2010, the Minister of National Revenue reassessed against the appellants, disallowing the deduction claimed on the ground that the appellants had not incurred the necessary risk to meet the requirements of paragraph 110(1)(d) of the Act given that they sold the shares as soon as they were issued. The Minister also established the FMV of the shares at the time the option was granted at a higher price, thereby raising a further ground for disallowing the deduction claimed.

The T.C.C. first considered the conditions precedent for the deductions claimed. It focussed on clause 110(1)(d)(i)(A) of the Act, which requires that qualifying shares be "prescribed" under section 6204 of the *Income Tax Regulations* (Regulations). It explained that paragraph 6204(1)(b) of the Regulations stands as a bar to the deduction claimed because the owner of a prescribed share cannot reasonably be expected to, within two years after the time the share is sold or issued, redeem, acquire or cancel the share in whole or in part (the two-year reasonable expectation). Given that the appellants were aware that the shares would be redeemed the day on which they were issued, this condition was problematic from the outset. It considered whether paragraph 6204(2)(c) of the Regulations exempted the Cybertec shares from the requirement relating to the two-year reasonable expectation. The T.C.C. determined that the exception set out in paragraph 6204(2)(c) did not extend to paragraph 6204(1)(b) given that the two paragraphs were not

À l'époque pertinente, 9178-4488 Québec Inc. (Cybertec) était une société privée sous contrôle canadien (SPCC). En décembre 2001, les appelants se sont vus octroyer des options d'achat d'actions du capital-actions de Cybertec. Les modalités de la convention d'option d'achat d'actions des employés (la convention ou le régime) prévoyaient initialement que le détenteur d'une option ne pouvait exercer celle-ci que dans l'éventualité où il y avait un appel public à l'épargne de Cybertec ou une vente de toutes les actions émises et en circulation de son capital-actions. En 2007, Cybertec a reçu d'une autre société une offre non-sollicitée d'acquisition de la quasi-totalité de ses éléments d'actif. Le régime a été modifié afin d'y inclure ce type d'événement comme déclencheur du droit d'exercice des options. Après l'acquisition des éléments d'actif de Cybertec par l'autre société en janvier 2007, les appelants se sont vus octroyer des actions de Cybertec à 20 ¢ l'action, soit le prix d'exercice prévu dans la convention. Ils les ont ensuite revendues le même jour à la société mère de Cybertec pour une somme de 1,2583 \$ l'action. Le prix d'exercice a été établi conformément aux modalités de la convention selon la juste valeur marchande (JVM) des actions au moment de l'octroi des options en décembre 2001. À la suite de cette transaction, les appelants ont déclaré un avantage imposable de 1,0583 \$ l'action et ont réclamé une déduction équivalant à 50 p. 100 de l'avantage imposable suivant les dispositions de l'alinéa 110(1)d) de la Loi. Le 16 novembre 2010, la ministre du Revenu national a établi à l'encontre des appelants de nouvelles cotisations dans lesquelles a été refusée la déduction réclamée au motif qu'en vendant les actions dès leur émission, les appelants n'avaient pas assumé le risque nécessaire pour satisfaire aux exigences de l'alinéa 110(1)d) de la Loi. La ministre a également établi la JVM des actions au moment de l'octroi de l'option à un prix plus élevé, invoquant ainsi un autre motif pour refuser la déduction réclamée.

La C.C.I. a d'abord examiné les conditions donnant ouverture aux déductions réclamées. Elle a mis l'accent sur la division 110(1)d)(i)(A) de la Loi, qui exige que les actions admissibles soient « visées » au sens de l'article 6204 du *Règlement de l'impôt sur le revenu* (le Règlement). Elle a expliqué que l'alinéa 6204(1)b) du Règlement empêche la déduction réclamée parce que l'on ne peut raisonnablement s'attendre à ce que, dans les deux ans suivant la vente ou l'émission de l'action, le propriétaire d'une action visée puisse racheter, acquérir ou annuler l'action en tout ou en partie (l'attente raisonnable de deux ans). Conscients du fait que leurs actions seraient rachetées le jour même de leur émission, les appelants ne pouvaient de prime abord répondre à cette exigence. La C.C.I. s'est demandée si l'alinéa 6204(2)c) du Règlement soustrayait les actions de Cybertec à l'exigence relative à l'attente raisonnable de deux ans. La C.C.I. a conclu que l'exception à l'alinéa 6204(2)c) ne fait pas exception à



logically connected and concluded that the Cybectec shares were not prescribed shares.

The appellants argued in particular that paragraph 6204(1)(b) of the Regulations is an anti-avoidance provision and that the exception under paragraph 6204(2)(c), beyond applying to subparagraph 6204(1)(a)(iv), also overrides the two-year reasonable expectation in paragraph 6204(1)(b).

The main issue was whether the T.C.C., in concluding that the appellants had not incurred, with regard to the shares sold, the necessary risk to be entitled to the deduction claimed, neglected to consider the risk they incurred while they held their stock options.

*Held*, the appeals should be allowed.

To determine the interaction between the provisions in question, the T.C.C. conducted a textual as well as a contextual analysis. Its textual analysis led to the conclusion that there was no logical connection between paragraphs 6204(1)(b) and 6204(2)(c) of the Regulations such that the exception provided in the second paragraph would not allow for the requirements set out in the first to be disregarded. The contextual analysis it conducted confirmed this finding. The T.C.C.'s textual analysis led it to find that despite the introductory words of subsection 6204(2) of the Regulations—i.e. “For the purposes of subsection (1)” —the paragraphs in subsection 6204(2) will only apply to subsection 6204(1) if there is a logical connection. It determined that there was no logical connection between paragraphs 6204(1)(b) of the Regulations and paragraph 6204(2)(c). It stated that paragraph 6204(2)(c) requires that consideration not be given to the obligation to redeem in applying subparagraph 6204(1)(a)(iv) but allows for such consideration to be given in order to establish the expectation under paragraph 6204(1)(b). This conclusion went against the language of paragraph 6204(2)(c) because it considers the obligation to redeem “[f]or the purposes of subsection [6204](1)” whereas it is specifically provided that this paragraph must apply “without reference to [...] [an] obligation to redeem” (paragraph 6204(2)(c)). While it based its reasoning on the lack of a logical connection between paragraph 6204(2)(c) and paragraph 6204(1)(b) of the Regulations, the T.C.C. did not consider the logical connection between those two paragraphs through subparagraph 6204(1)(a)(iv), which connection is clear if paragraph 6204(1)(b) is an anti-avoidance provision intended to ensure full compliance with subparagraph 6204(1)(a)(iv). This anti-avoidance purpose which the appellants attributed to paragraph 6204(1)(b) allowed for a reading of paragraph 6204(2)(c) that

l’alinéa 6204(1)(b) vu l’absence d’un lien quelconque entre les deux alinéas et a conclu que les actions de Cybectec n’étaient pas des actions visées.

Les appelants ont notamment fait valoir que l’alinéa 6204(1)(b) du Règlement est une disposition anti-évitement et que l’exception prévue à l’alinéa 6204(2)(c), en plus d’écarter l’application du sous-alinéa 6204(1)(a)(iv), permettait aussi de ne pas tenir compte de l’attente raisonnable de deux ans prévue à l’alinéa 6204(1)(b).

La principale question était de savoir si, en concluant que les appelants n’avaient pas encouru, en ce qui concerne les actions vendues, le risque nécessaire pour avoir droit à la déduction réclamée, la C.C.I. a omis de considérer le risque qu’ils avaient encouru alors qu’ils détenaient leurs options d’achat d’actions.

*Jugement* : Les appels doivent être accueillis.

Afin de déterminer l’interaction des dispositions en cause, la C.C.I. a procédé à une analyse textuelle et à une analyse contextuelle. Son analyse textuelle l’a menée à conclure qu’il n’existait aucun lien logique entre les alinéas 6204(1)(b) et 6204(2)(c) du Règlement, de sorte que l’exception prévue au deuxième alinéa ne permettait pas que l’on fasse abstraction de l’exigence énoncée dans le premier. L’analyse contextuelle qu’elle a effectuée lui a permis de confirmer cette conclusion. L’analyse textuelle de la C.C.I. a amené cette dernière à conclure que, malgré les mots introductifs du paragraphe 6204(2) du Règlement, c’est-à-dire « Pour l’application du paragraphe (1) », les alinéas du paragraphe 6204(2) ne s’appliqueront au paragraphe 6204(1) qu’en présence d’un lien logique. Elle a conclu qu’il n’y avait pas de lien logique entre l’alinéa 6204(1)(b) du Règlement et l’alinéa 6204(2)(c). Elle a déclaré que l’alinéa 6204(2)(c) exige que l’on ne tienne pas compte d’une obligation de rachat afin d’appliquer le sous-alinéa 6204(1)(a)(iv), mais qu’il permet que l’on en tienne compte afin d’établir l’existence de cette attente en vertu de l’alinéa 6204(1)(b). Cette conclusion allait à l’encontre du texte de l’alinéa 6204(2)(c), puisqu’elle tient compte de l’obligation de rachat « [p]our l’application du paragraphe [6204](1) » alors qu’il est expressément prévu que ce paragraphe doit être appliqué « compte non tenu [...] de l’obligation de racheter » (alinéa 6204(2)(c)). Bien qu’elle ait fondé son raisonnement sur l’absence d’un lien logique entre l’alinéa 6204(2)(c) et l’alinéa 6204(1)(b) du Règlement, la C.C.I. n’a pas examiné le lien logique entre ces deux alinéas par l’entremise du sous-alinéa 6204(1)(a)(iv), lien qui est évident si l’alinéa 6204(1)(b) est une mesure anti-évitement qui a pour but d’assurer le plein respect du sous-alinéa 6204(1)(a)(iv). Cet objectif anti-évitement que les appelants ont attribué à l’alinéa 6204(1)(b) permet de faire une lecture fidèle au texte de l’alinéa 6204(2)(c). Il

was in line with its wording. It followed that “the fact that paragraph 6204(1)(b) is applicable in cases where there is no ... obligation to redeem” does not justify a reading that ignores the language of paragraph 6204(2)(c), which specifically requires that no reference be given to the obligation to redeem.

In terms of its contextual analysis, the T.C.C. correctly stated that the policy objective of paragraph 6204(1)(b) is to ensure that employees are subject to a certain risk and that stock option plans are not used to pay disguised salaries. It found that the first of these goals was not met in this case because employees did not incur any risk until they exercised their stock options. However, the T.C.C. neglected to consider the risk incurred by the appellants between 2001 and 2007 while they held their options, a period that also had to be considered to determine whether the appellants met Parliament’s requirements in this regard. Paragraph 110(1)(d) of the Act, which applies to shares issued by both a CCPC or a public corporation, addresses the issue of risk differently than paragraph 110(1)(d.1). It allows for the 50 percent deduction by reference to features relating to the type of share in issue and the exercise price of the option. Under paragraph 6204(1)(a) of the Regulations, prescribed shares have to be “plain vanilla common shares”, i.e. without redemption or conversion rights or fixed dividends. The fact that a prescribed share must be “plain vanilla” prevents the improper use of particular share features once they are issued.

As for the exercise price of the option, paragraph 110(1)(d) of the Act requires this price to be at least equal to the FMV of the shares under the option at the time of its grant (subparagraph 110(1)(d)(ii) of the Act). In this case, this price was 20¢ per share with the result that the option had no intrinsic value at the time of its grant. This requirement ensures that the growth of the value of the options held by the appellants between the time they were granted and the exercise date—i.e. from 20¢ to \$1.2583—was attributable solely to the growth of Cybectec between those two dates. It followed that in this case the option fluctuated from that point on until the day of the exercise. The fact that the appellants were exposed to a risk from the moment when the options were granted and that the shares described under the terms of the plan were in all respects prescribed shares explained in particular why they could have claimed the 50 percent deduction if they had simply sold their options to Cybectec, instead of exercising them and having the shares redeemed (see clause 110(1)(d)(i)(B) of the Act). Clearly this favourable treatment would not be warranted if the appellants had not met the risk requirement. This showed that, for the purposes of paragraph 110(1)(d) of the Act, it is not the imposition of a holding period that ensures the existence of a risk element but the particular characteristics of a prescribed share and the minimum price at which the

s’ensuit que « le fait que l’alinéa 6204(1)(b) s’applique dans les cas où il n’y a pas [...] d’obligation de racheter » ne justifie pas une lecture qui fait fi du libellé de l’alinéa 6204(2)(c), lequel exige expressément que l’obligation de rachat ne soit pas prise en compte.

En ce qui concerne son analyse contextuelle, la C.C.I. a affirmé à bon droit que la politique fiscale de l’alinéa 6204(1)(b) est de faire en sorte que les employés soient assujettis à un certain risque et que les régimes d’options d’achat d’actions ne soient pas utilisés pour camoufler des salaires. Elle a conclu que le premier de ces objectifs n’avait pas été atteint en l’espèce, puisque les employés n’avaient pas encouru de risque tant qu’ils n’avaient pas exercé leurs options d’achat d’actions. La C.C.I. a cependant omis de considérer le risque encouru par les appelants entre 2001 et 2007 alors qu’ils détenaient les options, une période qui devait également être prise en compte afin de déterminer si les appelants répondaient aux exigences énoncées par le législateur à cet égard. L’alinéa 110(1)(d) de la Loi, qui s’applique à l’égard des actions émises par une SPCC ou une société publique, aborde la question du risque différemment de l’alinéa 110(1)(d.1). Il donne droit à la déduction de 50 p. 100 en fonction de critères axés sur le type d’actions en cause et le prix d’exercice de l’option. Selon l’alinéa 6204(1)(a) du Règlement, une action visée doit être une « action tout à fait ordinaire », c’est-à-dire sans droit de rachat, de conversion ou dividendes fixes. Le fait qu’une action visée doit être « tout à fait ordinaire » empêche l’utilisation abusive qui peut être faite de certains types d’actions une fois émises.

En ce qui concerne le prix d’exercice de l’option, l’alinéa 110(1)(d) de la Loi exige que ce prix soit au moins égal à la JVM des actions assujetties à l’option au moment de son octroi (sous-alinéa 110(1)(d)(ii) de la Loi). En l’occurrence, ce prix se situait à 20 ¢ l’action, de sorte que l’option n’avait aucune valeur intrinsèque lors de son octroi. Cette exigence a pour effet d’assurer que la croissance de la valeur des options détenues par les appelants entre le moment de leur octroi et la date d’exercice — c’est-à-dire de 20 ¢ à 1,2583 \$ — est attribuable exclusivement à la croissance de Cybectec entre ces deux dates. Par la suite, en l’espèce, la valeur de l’option a fluctué à partir de cette date jusqu’à la date de l’exercice. Le fait que les appelants ont été assujettis à un risque dès le moment où les options ont été octroyées et le fait que les actions décrites dans la convention étaient en tout point des actions visées expliquaient pourquoi ils auraient pu réclamer la déduction de 50 p. 100 s’ils avaient tout simplement cédé leurs options à Cybectec, au lieu de les exercer et de vendre les actions (voir la division 110(1)(d)(i)(B) de la Loi). Il va dans dire que ce traitement favorable n’aurait pas sa raison d’être si les appelants n’avaient pas satisfait à l’exigence relative au risque. Cela démontre qu’aux fins de l’alinéa 110(1)(d) de la Loi, ce n’est pas l’imposition d’une période de détention qui assure l’existence d’un risque, mais bien les caractéristiques particulières

option must be exercised. The T.C.C., in coming to the opposite conclusion, was necessarily influenced by the two-year period mentioned in paragraph 6204(1)(b), which coincides with the period set out in paragraph 110(1)(d.1) of the Act. However, in providing for this limit in paragraph 6204(1)(b), Parliament was not seeking to impose a holding period. In this regard, paragraph 6204(1)(b) must be read with subparagraph 6204(1)(a)(iv), which prevents the deduction from being claimed with respect to shares which embody an obligation to redeem. Since subparagraph 6204(1)(a)(iv) and paragraph 6204(1)(b) share the same objective, the “logical connection”, which the T.C.C. could not establish with paragraph 6204(2)(c), was present in both cases. It followed that paragraph 6204(1)(b), like subparagraph 6204(1)(a)(iv), had to be applied “without reference to” the obligation to redeem. Because paragraph 6204(1)(b) is intended to prevent the avoidance of subparagraph 6204(1)(a)(iv), it was not open to the T.C.C. to rely on paragraph 6204(1)(b) as a basis for denying the deduction claimed in circumstances where subparagraph 6204(1)(a)(iv) was not avoided.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 7, 110(1)(d),(d.1).  
*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, s. 6204.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

##### REFERRED TO:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Lehigh Cement Limited v. Canada*, 2014 FCA 103, [2015] 3 F.C.R. 117.

APPEALS from Tax Court of Canada decisions (2016 TCC 110, 25 C.C.P.B. (2d) 210) confirming the notices of assessment issued against the appellants, which disallowed the deduction they claimed for the 2007 taxation year under paragraph 110(1)(d) of the *Income Tax Act* following the sale of their shares issued by their employer under a stock option plan. Appeals allowed.

d’une action visée et le prix minimum établi pour l’exercice de l’option. En arrivant à la conclusion contraire, la C.C.I. a nécessairement été influencée par la période de deux ans mentionnée à l’alinéa 6204(1)(b), laquelle coïncide avec la période prévue à l’alinéa 110(1)(d.1) de la Loi. Toutefois, en inscrivant cette limite à l’alinéa 6204(1)(b), le législateur ne cherchait pas à imposer une période de détention. À cet égard, l’alinéa 6204(1)(b) doit être lu de pair avec le sous-alinéa 6204(1)(a)(iv), qui disqualifie toute action dont les caractéristiques permettent qu’elle soit rachetée par l’employeur. Puisque le sous-alinéa 6204(1)(a)(iv) et l’alinéa 6204(1)(b) partagent le même objectif, le « lien logique », que la C.C.I. n’a pu établir avec l’alinéa 6204(2)(c), était présent dans les deux cas. Il s’ensuit que tant l’alinéa 6204(1)(b) que le sous-alinéa 6204(1)(a)(iv), devaient être appliqués « compte non tenu » de l’obligation de rachat. Puisque l’alinéa 6204(1)(b) a pour mission d’empêcher l’évitement du sous-alinéa 6204(1)(a)(iv), la C.C.I. ne pouvait invoquer l’alinéa 6204(1)(b) pour refuser la déduction réclamée compte tenu du fait que le sous-alinéa 6204(1)(a)(iv) n’a pas été contourné.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 7, 110(1)(d),(d.1).  
*Règlement de l’impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, art. 6204.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Lehigh Cement Limited c. Canada*, 2014 CAF 103, [2015] 3 R.C.F. 117.

APPELS de décisions par lesquelles la Cour canadienne de l’impôt (2016 CCI 110) a confirmé les avis de cotisation établis à l’encontre des appelants, qui ont eu pour effet de refuser la déduction que les appelants ont réclamée pour l’année d’imposition 2007 en vertu de l’alinéa 110(1)(d) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* à la suite de la vente d’actions émises par leur employeur dans le cadre d’un régime d’options d’achat d’actions. Appels accueillis.

## APPEARANCES

*Guy Du Pont, Marie-Emmanuelle Vaillancourt, Anne-Marie Bonin Lavoie, Simon Chouinard and Catherine Dubé* for appellants.  
*Anne Poirier* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*DS Avocats Canada S.E.N.C.R.L.*, Quebec, for appellants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] NOËL C.J.: These are seven appeals from judgments rendered by Justice D'Auray of the Tax Court of Canada (the T.C.C. Judge) confirming in a single set of reasons the notices of assessment issued against the appellants (*Montminy v. The Queen*, 2016 TCC 110, 25 C.C.P.B. (2d) 210). These assessments disallowed the deduction claimed by the appellants for the 2007 taxation year under paragraph 110(1)(d) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (the ITA) following the sale of shares issued by their employer under a stock option plan.

[2] The T.C.C. Judge concluded that the appellants had not incurred, with regard to the shares sold, the necessary risk to be entitled to the deduction claimed. The appellants argue that in coming to this conclusion, the T.C.C. Judge neglected to consider the risk incurred while they held their options.

[3] For the reasons presented below, I am of the opinion that the T.C.C. Judge should have considered this risk and, if she had, would have concluded differently. I would therefore allow the appeals.

[4] An order consolidating the appeals was issued July 28, 2016, with Montminy (A-180-16) being designated as the lead appeal. In accordance with this order, these reasons dispose of the seven appeals. To this end, the original shall be filed in the lead appeal, and a copy

## ONT COMPARU :

*Guy Du Pont, Marie-Emmanuelle Vaillancourt, Anne-Marie Bonin Lavoie, Simon Chouinard et Catherine Dubé* pour les appelants.  
*Anne Poirier* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*DS Avocats Canada S.E.N.C.R.L.*, Québec, pour les appelants.  
*Sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

[1] LE JUGE EN CHEF NOËL : Il s'agit de sept appels dirigés à l'encontre de jugements rendus par la juge D'Auray de la Cour canadienne de l'impôt (la juge de la C.C.I.) confirmant selon un seul jeu de motifs les avis de cotisations émis à l'encontre des appelants (*Montminy c. La Reine*, 2016 CCI 110). Ces cotisations ont pour effet de refuser aux appelants la déduction qu'ils avaient réclamée pour l'année d'imposition 2007 en vertu de l'alinéa 110(1)d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 (la LIR) suite à la vente d'actions émises par leur employeur dans le cadre d'une convention d'option d'achat.

[2] La juge de la C.C.I. a conclu que les appelants n'avaient pas encouru, à l'égard des actions vendues, le risque nécessaire pour donner droit à la déduction réclamée. Les appelants prétendent qu'en tirant cette conclusion, la juge de la C.C.I. a omis de considérer le risque encouru alors qu'ils détenaient leurs options.

[3] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis que la juge de la C.C.I. devait tenir compte de ce risque et que le cas échéant, elle aurait conclu autrement. J'accueillerais donc les appels.

[4] Une ordonnance consolidant les appels fut émise le 28 juillet 2016, le dossier Montminy (A-180-16) étant désigné dossier principal. Conformément à cette ordonnance, les présents motifs disposent des sept appels. À cette fin, l'original sera déposé dans le dossier

thereof shall be filed in each of the related appeals to stand as reasons in those cases.

[5] The legislative provisions relevant to the analysis are reproduced in an appendix to these reasons.

#### RELEVANT FACTS

[6] At the relevant time, 9178-4488 Québec Inc. (Cybectec) was a Canadian-controlled private corporation (CCPC). In December 2001, the appellants were granted stock options for shares of Cybectec's capital stock. This grant put an end to a bonus system which had been in place until then (appeal book, Vol. IV, page 106). The terms of the employee stock option plan (the agreement or the plan) initially provided that the holder of an option could not exercise it unless there was a public offering by Cybectec or a sale of all the shares of its capital stock issued and in circulation (appeal book, Vol. I, page 12).

[7] In 2007, Cybectec received an unsolicited offer from Cooper Industries (Electrical) Inc. (Cooper) to acquire the bulk of its assets (appeal book, Vol. I, page 21). On January 10, 2007, the agreement was modified to include this type of event as a trigger for the right to exercise the options (appeal book, Vol. I, page 13). At the same time, the appellants committed to selling, and Cybectec undertook to insure that its parent company would redeem the shares upon their issuance (obligation to redeem) (appeal book, Vol. I, pages 22 and 23).

[8] On January 26, 2007, Cooper acquired Cybectec's assets (appeal book, Vol. I, page 15). Two days later, the appellants were issued shares in Cybectec at 20¢ per share, the exercise price set out in the agreement, and then sold them the same day to Cybectec's parent company for \$1.2583 per share (appeal book, Vol. I, page 13). The exercise price was established in accordance with the terms of the agreement based on the fair market value (FMV) of the shares at the time the options were granted in December of 2001.

principal et copie d'iceux sera déposée dans chacun des dossiers connexes pour y tenir lieu de motifs.

[5] Les dispositions législatives pertinentes à l'analyse sont reproduites à l'annexe ci-jointe.

#### LES FAITS PERTINENTS

[6] La société 9178-4488 Québec inc. (Cybectec) était, à l'époque pertinente au litige, une société privée sous contrôle canadien (SPCC). En décembre 2001, les appelants se sont vus octroyer des options d'achat d'actions du capital-actions de Cybectec. Cet octroi d'options mettait fin à un régime de bonus en place jusqu'à cette date (dossier d'appel, vol. IV, page 106). Les termes de la convention d'option d'achat (la convention ou le régime) prévoyaient initialement qu'un détenteur d'option ne pouvait l'exercer que dans l'éventualité où il y avait un appel public à l'épargne effectué par Cybectec ou une vente de la totalité des actions émises et en circulation de son capital-actions (dossier d'appel, vol. I, page 12).

[7] En 2007, Cybectec a reçu une offre non-sollicitée de la société Cooper Industries (Electrical) inc. (Cooper) pour acquérir la quasi-totalité de ses éléments d'actif (dossier d'appel, vol. I, page 21). Le 10 janvier 2007, la convention fut modifiée afin d'y inclure ce type d'évènement comme élément déclencheur du droit d'exercice (dossier d'appel, vol. I, page 13). Par la même occasion, les appelants se sont engagés à vendre et Cybectec a pris l'engagement que sa société-mère rachèterait les actions dès leur émission (l'obligation du rachat) (dossier d'appel, vol. I, pages 22 et 23).

[8] En date du 26 janvier 2007, Cooper a acquis les actifs de Cybectec (dossier d'appel, vol. I, page 15). Deux jours plus tard, les appelants se sont vus octroyer les actions de Cybectec à 20¢ l'action, soit le prix d'exercice prévu à la convention, pour ensuite les revendre le même jour à la société mère de Cybectec pour une somme de 1,258 \$ l'action (dossier d'appel, vol. I, page 13). Le prix d'exercice a été établi conformément aux termes de la convention selon la juste valeur marchande (JVM) des actions au moment de l'octroi des options en décembre 2001.

[9] Further to this transaction, the appellants declared a taxable benefit of \$1.0583 per share, that is the difference between the exercise price and the proceeds of disposition of the shares. They also claimed a deduction equal to 50 percent of the taxable benefit pursuant to paragraph 110(1)(d) of the ITA (appeal book, Vol. I, page 15).

[10] On November 16, 2010, the Minister of National Revenue (the Minister) reassessed against the appellants, disallowing the deduction claimed on the ground that the appellants had not incurred the necessary risk to meet the requirements of paragraph 110(1)(d) of the ITA given that they sold the shares as soon as they were issued. At the objection stage, the Minister established the FMV of the shares at the time the option was granted at \$0.3246 rather than 20¢ per share, thereby raising a further ground for disallowing the deduction claimed (see clause 110(1)(d)(ii)(A) of the ITA).

#### DECISION OF THE TAX COURT OF CANADA JUDGE

[11] The T.C.C. Judge first considered the conditions precedent for the deductions claimed. After focussing on clause 110(1)(d)(i)(A) of the ITA, which requires that qualifying shares be “prescribed” under section 6204 of the *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945 (Regulations), the T.C.C. Judge devoted the better part of her analysis on this requirement.

[12] At paragraph 79 of her reasons, she explained that paragraph 6204(1)(b) of the Regulations stands as a bar to the deduction claimed because the owner of a prescribed share cannot “reasonably be expected to, within two years after the time the share is sold or issued, as the case may be, redeem, acquire or cancel the share in whole or in part” (the two-year reasonable expectation). Given that the appellants were aware that the shares would be redeemed the day on which they were issued, this condition was problematic from the outset.

[13] This is the context in which the T.C.C. Judge considered whether paragraph 6204(2)(c) of the Regulations

[9] Suite à cette transaction, les appelants ont déclaré un avantage imposable de 1,058 \$ l'action, soit la différence entre le prix d'exercice et le produit de disposition des actions. Ils ont aussi réclamé la déduction égale à 50 p. 100 de l'avantage imposable suivant les dispositions de l'alinéa 110(1)d) de la LIR (dossier d'appel, vol. I, page 15).

[10] En date du 16 novembre 2010, la Ministre du Revenu national (la Ministre) a émis à l'encontre des appelants de nouvelles cotisations refusant la déduction au motif que les appelants, en vendant les actions dès leur émission, n'avaient pas assumé le risque nécessaire pour répondre aux exigences de l'alinéa 110(1)d) de la LIR. Au stade des oppositions, la Ministre a établi la JVM des actions au moment de l'octroi de l'option à 0,3246 \$ plutôt qu'à 20¢ l'action, invoquant ainsi un motif additionnel pour refuser la déduction réclamée (voir la division 110(1)d)(ii)(A) de la LIR).

#### LA DÉCISION DE LA JUGE DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

[11] La juge de la C.C.I. s'est d'abord penchée sur les conditions donnant ouverture à la déduction réclamée. Après avoir situé le débat au niveau de la division 110(1)d)(i)(A) de la LIR qui exige que l'action soit « visée » au sens de l'article 6204 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945 (Règlement), la juge de la C.C.I. y a consacré la majeure partie de ses motifs.

[12] Elle explique au paragraphe 79 de ses motifs que l'alinéa 6204(1)b) du Règlement va à l'encontre de la déduction réclamée puisqu'il prévoit qu'une action n'est pas une action visée si on peut « raisonnablement s'attendre à ce que, dans les deux ans suivant la vente ou l'émission de l'action, la société ou une personne apparentée à celle-ci rachète, acquière, ou annule l'action » (l'attente raisonnable de deux ans). Or, conscients de l'obligation de rachat qui prévoyait que leurs actions seraient rachetées le jour même de leur émission, les appelants ne pouvaient, de prime abord, répondre à cette exigence.

[13] C'est dans ce contexte que la juge de la C.C.I. s'est penchée sur l'alinéa 6204(2)c) du Règlement afin

exempted the Cybectec shares from the requirement relating to the two-year reasonable expectation (reasons, paragraph 89). This provision is of particular relevance to shares held in CCPC's, given that there is typically no market in which they can be traded. In analyzing the interaction between subsections 6204(1) and 6204(2) of the Regulations the T.C.C. Judge found that the paragraphs of subsection 6204(2) applied to subsection 6204(1) only to the extent that there is a logical connection between them, even if the introductory language of subsection 6204(2) provides that the exception applies to subsection 6204(1) generally, without any particular limitation (reasons, paragraph 88).

[14] In her view, the exception set out in paragraph 6204(2)(c) does not extend to paragraph 6204(1)(b) given that the two paragraphs are not logically connected (reasons, paragraph 98). Indeed, the application of paragraph 6204(1)(b) turns on the factual question whether there is a reasonable expectation that the shares will be redeemed, acquired or cancelled in the two years following the issue of the shares (reasons, paragraph 95). It is therefore this reasonable expectation that triggers the paragraph, rather than the existence of the right or obligation to redeem, acquire or cancel the shares (reasons, paragraph 94). In her view, paragraph 6204(2)(c) provides that these rights and obligations must be disregarded, but not the two-year reasonable expectation requirement set out in paragraph 6204(1)(b) (reasons, paragraph 96).

[15] In her opinion, this conclusion is supported by the context surrounding the promulgation of the Regulations, which shows that this two-year reasonable expectation was inserted in order to ensure that employees subscribing to a stock option plan are, like any investor, exposed to the risk of seeing the value of their shares fluctuate (reasons, paragraphs 100 and 101):

Parliament opted to extend the same treatment to employees who have purchased shares from their employer under a stock option plan as to taxpayers who purchase shares without recourse to a stock option plan and who, at the time of the disposition, pay tax on 50% of the gain. However, the conditions of section 6204 of the Regulations must be fulfilled.

de déterminer s'il soustrayait les actions de Cybectec de l'exigence reliée à l'attente raisonnable de deux ans (motifs, paragraphe 89). Cette exception a une pertinence particulière en ce qui a trait à des actions émises par une SPCC, lesquelles ne peuvent, règle générale, être transigées faute de marché. En analysant l'interaction entre les paragraphes 6204(1) et 6204(2) du Règlement, la juge de la C.C.I. a conclu que les alinéas du paragraphe 6204(2) ne s'appliquent à ceux du paragraphe 6204(1) qu'en présence d'un lien logique, et ce même si le libellé liminaire du paragraphe 6204(2) prévoit que l'exception s'applique au paragraphe 6204(1) de façon générale, sans aucune limite particulière (motifs, paragraphe 88).

[14] Selon elle, l'alinéa 6204(2)c) ne fait pas exception à l'alinéa 6204(1)b) vu l'absence d'un lien quelconque entre ces deux alinéas (motifs, paragraphe 98). En effet, l'alinéa 6204(1)b) soulèverait une question de fait à savoir s'il y a une attente raisonnable que les actions soient rachetées, acquises ou annulées dans les deux ans suivant la vente (motifs, paragraphe 95). Ce serait donc cette attente raisonnable qui déclenche l'application de l'alinéa, et non la présence d'un droit ou d'une obligation de racheter, d'acquérir ou d'annuler les actions (motifs, paragraphe 94). Selon elle, l'alinéa 6204(2)c) exige que l'on fasse abstraction de ces droits ou obligations, mais pas de l'exigence portant sur l'attente raisonnable de deux ans prévue à l'alinéa 6204(1)b) (motifs, paragraphe 96).

[15] Cette lecture serait soutenue par le contexte entourant la promulgation du Règlement qui révèle que l'attente raisonnable de deux ans fut insérée afin d'assurer que les employés qui accèdent à un régime d'option d'achat d'actions soient, comme tout investisseur, exposés au risque de voir la valeur de leurs actions fluctuer (motifs, paragraphes 100 et 101) :

Le législateur a choisi de traiter de la même manière les employés qui ont acheté des actions de leur employeur en vertu d'un régime d'options et le contribuable qui achète des actions sans avoir recours à un régime d'options et qui, au moment de la disposition, paiera de l'impôt sur 50 % du gain. Cependant, les conditions à l'article 6204 du *Règlement* doivent être remplies.

The tax policy underlying paragraphs 110(1)(d) of the Act and 6204(2)(b) of the Regulations is to prevent the turning of stock option plans into forms of additional remuneration and to ensure that the employees subscribing for these shares are exposed to a certain level of risk. In my opinion, I would have arrived at the same outcome following a contextual approach, since it is clear from the legislative context that the two-year holding period is associated with risk. Indeed, under a stock option plan, employees do not incur any risk until they exercise their stock options. Moreover, pursuant to paragraph 110(1)(d), the two-year reasonable expectation is not applicable if the evidence shows that at the time of issuing the share, the corporation or related corporation had no expectation to redeem, acquire or cancel the share as prescribed in paragraph 6204(1)(b).

[16] On the strength of this, the T.C.C. Judge concluded that the Cybectec shares were not prescribed shares.

[17] The T.C.C. Judge then determined that the price of 20¢ per share indeed corresponded to the FMV of the Cybectec shares on the date the stock option was granted (reasons, paragraph 185). This finding is not challenged by the Minister in the context of this appeal.

#### APPELLANTS' ARGUMENTS

[18] From the onset, the appellants note that the question under appeal hinges on a pure question of law, namely the interpretation of various provisions, in particular paragraph 6204(1)(b), which they characterize as an anti-avoidance provision (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*), at paragraph 8).

[19] Relying on the decision of this Court in *Lehigh Cement Limited v. Canada*, 2014 FCA 103, [2015] 3 F.C.R. 117 (*Lehigh*), at paragraphs 59–61, the appellants note that a purposive approach is preferable when interpreting anti-avoidance provisions. Although often drafted in broad terms, the scope of an anti-avoidance provision can be reduced in order to avoid inconsistencies with Parliamentary intention (appellants' memorandum, paragraph 22, citing *Lehigh*, at paragraph 61).

La politique fiscale sous-jacente à l'alinéa 110(1)d) de la Loi et à l'alinéa 6204(2)b) du Règlement est de faire en sorte que les régimes d'options d'achat d'actions ne deviennent pas de la rémunération déguisée et que les employés qui souscrivent à ces actions soient assujettis à un certain risque. Je suis d'avis qu'en utilisant une approche contextuelle, j'en serais arrivée au même résultat, puisqu'il ressort du contexte législatif que la période de détention de deux ans est liée au risque. En effet, en vertu d'un régime d'options, l'employé n'encourt pas de risque tant qu'il n'a pas exercé son option d'achat. De plus, dans le cadre de l'alinéa 110(1)d), l'attente raisonnable de deux ans ne s'appliquera pas si la preuve démontre que lors de l'émission de l'action, la société ou la société apparentée n'avait aucune expectative de racheter, d'acquiescer ou d'annuler l'action, comme le prescrit l'alinéa 6204(1)b).

[16] Forte de ce constat, la juge de la C.C.I. a conclu que les actions de Cybectec n'étaient pas des actions visées.

[17] La juge de la C.C.I. a ensuite déterminé que le prix de 20¢ l'action correspondait bel et bien à la JMV de l'action de Cybectec en date de l'octroi de l'option d'achat (motifs, paragraphe 185). Cette dernière conclusion n'est pas remise en question par la Ministre dans le contexte du présent appel.

#### LES PRÉTENTIONS DES APPELLANTS

[18] D'entrée de jeu, les appelants font valoir que la question en cause dans cet appel repose sur une pure question de droit, soit l'interprétation des diverses dispositions en cause, notamment l'alinéa 6204(1)b) qu'ils qualifient de disposition anti-évitement (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 (*Housen*), au paragraphe 8).

[19] S'appuyant sur la décision de cette cour dans l'arrêt *Lehigh Cement Limited c. Canada*, 2014 CAF 103, [2015] 3 R.C.F. 117 (*Lehigh*), aux paragraphes 59 à 61, les appelants rappellent qu'une approche téléologique est de mise aux fins d'interpréter des dispositions anti-évitement. Bien que de telles dispositions puissent être rédigées largement, leur portée doit être réduite pour éviter des répercussions incompatibles avec le but recherché par le législateur (mémoire des appelants, paragraphe 22, citant *Lehigh*, au paragraphe 61).



[20] According to the appellants, the 50 percent deduction provided under paragraphs 110(1)(d) and 110(1)(d.1) of the ITA aims to [TRANSLATION] “prevent unfair treatment of employees who receive options, as compared with non-employees who hold options” (appellants’ memorandum, paragraph 24). The provisions intend to redress the situation where an employee earns a 100 percent taxable benefit on a stock option received from his employer, but another taxpayer, not an employee of the company, who acquires the same option, realizes a 5 percent taxable capital gain (appellants’ memorandum, paragraph 25). The inequity results from the fact the employee is subject to a risk comparable to that of a regular investor, who profits from the option if the underlying share rises in value or, conversely, incurs a loss if the share falls in value or becomes worthless (appellants’ memorandum, paragraph 26).

[21] The appellants maintain that [TRANSLATION] “it would not be difficult to develop structures under which the employer pays what is essentially a salary by issuing options” (appellants’ memorandum, paragraph 27). This is why Parliament attached many conditions to paragraphs 110(1)(d) and 110(1)(d.1) of the ITA. Nothing of the sort is alleged in this case. Cybectec’s option plan was adopted on May 1, 2001, following which the holders of those options were exposed to the same type of risk as any other investor (appellants’ memorandum, paragraph 28).

[22] The appellants also note that section 7 of the ITA sets out when a benefit derived from a stock option plan must be declared. Under paragraph 7(1)(a), an employee must include the benefit when the option is exercised unless the issuing company is a CCPC, in which case subsection 7(1.1) defers taxation until the shares are disposed of (appellants’ memorandum, paragraphs 30 and 31).

[23] In their opinion, to grasp the scope of paragraph 110(1)(d), one must first understand the scope of paragraph 110(1)(d.1). It provides that an employee who keeps the share for a two-year period following

[20] Selon les appelants, la déduction de 50 p. 100 prévue aux alinéas 110(1)d) et 110(1)d.1) de la LIR visent « à empêcher un traitement inéquitable des employés qui reçoivent des options par rapport à celui réservé aux options détenues par des non-employés » (mémoire des appelants, paragraphe 24). La situation que veulent pallier ces dispositions est celle où un employé qui reçoit une option d’achat d’actions de la société qui l’embauche retire un avantage imposable à 100 p. 100, alors qu’un autre contribuable, non-employé de la société, qui acquiert la même option réalise un gain en capital imposable à 50 p. 100 (mémoire des appelants, paragraphe 25). L’iniquité découle du fait que l’employé s’expose aux mêmes risques qu’un investisseur régulier. Celui-ci profite de l’option si l’action sous-jacente fluctue à la hausse ou à l’inverse, se retrouve perdant dans la situation où la valeur de l’action chute ou devient nulle (mémoire des appelants, paragraphe 26).

[21] Les appelants maintiennent qu’« il ne serait pas difficile d’élaborer des structures en vertu desquelles l’employeur paie ce qui est essentiellement un salaire par voie d’émission d’options » (mémoire des appelants, paragraphe 27). C’est pourquoi le Parlement a inséré de nombreuses conditions aux alinéas 110(1)d) et 110(1)d.1) de la LIR. Rien de tel n’est allégué dans la présente affaire. Le régime d’option de Cybectec a été adopté le 1<sup>er</sup> mai 2001, moment depuis lequel les détenteurs desdites options s’exposaient à un risque du même type que n’importe quel investisseur (mémoire des appelants, paragraphe 28).

[22] Les appelants notent en amont que l’article 7 de la LIR établit le moment auquel doit être déclaré l’avantage découlant d’un régime d’option d’achat. L’alinéa 7(1)a) prévoit que l’avantage doit être déclaré suite à la levée de l’option, à moins que la société émettrice soit une SPCC auquel cas, l’imposition de l’avantage est différée jusqu’au moment de la disposition des actions (paragraphe 7(1.1) de la LIR) (mémoire des appelants, paragraphes 30 et 31).

[23] Selon eux, pour capter la portée de l’alinéa 110(1)d), il faut tout d’abord saisir celle de l’alinéa 110(1)d.1). Cet alinéa prévoit que si un employé conserve l’action pendant deux ans suite à la levée de

the exercise of the option can claim the 50 percent deduction regardless of whether the share is preferred or issued for an exercise price below the FMV (appellants' memorandum, paragraph 37).

[24] Conversely, if an employee wishes to redeem a share before the end of the two-year period and still benefit from the 50 percent deduction, the conditions set out in paragraph 110(1)(d) must be met (appellants' memorandum, paragraph 38). This is the provision on which the appellants rely. In their view, paragraph 110(1)(d) does not impose a holding period. Indeed, [TRANSLATION] "it is not even necessary for the employee to exercise the option and obtain the shares to be entitled to the 50% deduction" (appellants' memorandum, paragraph 42). Clause 110(1)(d)(i)(B) provides that an employee may benefit from the deduction if the employer redeems the option, in which case the employee will never have held the shares (appellants' memorandum, paragraph 42).

[25] According to the appellants, the objective underlying paragraph 110(1)(d) is to [TRANSLATION] "prevent employers from using stock option plans to pay what is, essentially, a salary, thereby allowing the employees to receive half their regular compensation without having to pay income tax" (appellants' memorandum, paragraph 40).

[26] These conditions are, first, that the exercise price must be equal to the FMV of the shares at the time of the grant of the option and, second, that the shares must be prescribed shares—i.e. prescribed by regulation. In this latter regard, the appellants explain that section 6204 of the Regulations complements paragraph 110(1)(d) by establishing the characteristics of a prescribed share. In their view, section 6204 embodies two main parts: subsection 6204(1) first lists the requirements for a share to be prescribed, and then subsections 6204(2) to 6204(4) provide the exceptions or qualifications to the requirements set out in that subsection (appellants' memorandum, paragraph 44).

[27] Paragraph 6204(1)(a) of the Regulations lists the basic requirements that ensure that [TRANSLATION] "no

l'option, il peut réclamer la déduction de 50 p. 100 et ce, peu importe que l'action soit privilégiée ou émise pour un prix d'exercice en dessous de la JVM (mémoire des appelants, paragraphe 37).

[24] À l'inverse, si un employé veut se départir de son action avant la fin de la période de deux ans tout en bénéficiant de la déduction de 50 p. 100, il doit satisfaire aux conditions prévues à l'alinéa 110(1)d) (mémoire des appelants, paragraphe 38). C'est sur cette disposition que les appelants s'appuient. Selon eux, l'alinéa 110(1)d) n'impose pas de période de détention. De fait, « il n'est même pas nécessaire que l'employé exerce les options et obtienne les actions pour avoir droit à la Déduction de 50% » (mémoire des appelants, paragraphe 42). La division 110(1)d)(i)(B) prévoit en effet qu'un employé peut profiter de la déduction même si son employeur rachète simplement les options auquel cas l'employé n'aura jamais détenu les actions (mémoire des appelants, paragraphe 42).

[25] Selon les appelants, l'objectif fondamental qui sous-tend l'alinéa 110(1)d) est d'« empêcher les employeurs d'utiliser les options d'achat d'actions pour payer ce qui est, en réalité, un salaire, permettant ainsi aux employés de recevoir la moitié de leur rémunération régulière sans devoir payer d'impôts » (mémoire des appelants, paragraphe 40).

[26] Ces conditions sont, d'une part, que le prix d'exercice soit au moins égal à la JVM des actions au moment de l'octroi des options et, d'autre part, que les actions soient des actions visées, c.-à-d., prescrites par règlement. Quant à cette deuxième condition, les appelants expliquent que l'article 6204 du Règlement vient compléter l'alinéa 110(1)d) en établissant ce qu'est une action visée. Selon eux, l'article 6204 se conceptualise en deux grandes parties : le paragraphe 6204(1) énumère tout d'abord les exigences pour qu'une action soit visée et les paragraphes 6204(2) à 6204(4) énoncent ensuite des exceptions ou des atténuations aux exigences de ce paragraphe (mémoire des appelants, paragraphe 44).

[27] L'alinéa 6204(1)a) du Règlement énonce les exigences de base qui assurent « qu'aucune garantie

yield guarantee can be granted to the holder” of the option (appellants’ memorandum, paragraph 46). In respect of the other paragraphs of subsection 6204(1), including paragraph 6204(1)(b), the appellants submit that they are [TRANSLATION] “anti-avoidance provisions that apply to situations in which a taxpayer might try to avoid the requirements described” in paragraph 6204(1)(a) (appellants’ memorandum, paragraph 47). More specifically, [TRANSLATION] “paragraph 6204(1)(b) aims to prevent avoidance of the requirements under subparagraphs 6204(1)(a)(iv) to (vi) by relying, for example, on a common practice or an informal and unenforceable agreement”, thereby circumventing the spirit of the requirement stated at paragraph 6204(1)(a) (appellants’ memorandum, paragraph 49).

[28] It follows that when a share is exempted from subparagraphs 6204(1)(a)(iv) to (vi), paragraph 6204(1)(b) cannot then be invoked to deny the deduction (appellants’ memorandum, paragraph 51). Given that the Cybectec shares are exempted from subparagraph 6204(1)(a)(iv) through the exception provided under paragraph 6204(2)(c), as the T.C.C. Judge found, the two-year reasonable expectation does not apply.

[29] The appellants ask that their appeals be allowed and that the deduction claimed be awarded to them given that the obligation to redeem is the Minister’s sole basis in support of the exception.

#### MINISTER’S ARGUMENTS

[30] The Minister, on the other hand, without addressing the arguments raised by the appellants, asks that the appeal be dismissed. The Minister maintains that the obligation to redeem could be taken into consideration to establish the existence of the two-year reasonable expectation for the purposes of paragraph 6204(1)(b) of the Regulations despite the exception under paragraph 6204(2)(c). To this end, the Minister, at paragraphs 33 to 55 of her memorandum, restates the T.C.C. Judge’s reasons as already laid out in the preceding paragraphs.

de rendement ne peut être accordée au détenteur » de l’option (mémoire des appelants, paragraphe 46). Quant aux autres alinéas du paragraphe 6204(1), dont l’alinéa 6204(1)(b), les appelants mettent de l’avant qu’il s’agit de « dispositions anti-évitement qui s’adressent aux situations par lesquelles un contribuable pourrait tenter de contourner les exigences décrites » à l’alinéa 6204(1)(a) (mémoire des appelants, paragraphe 47). Plus précisément, « l’alinéa 6204(1)(b) vise à empêcher que l’on élude les exigences des sous-alinéas 6204(1)(a)(iv) à (vi) en se fiant, par exemple, à une pratique courante ou une entente informelle et non exécutoire », contournant ainsi l’esprit de l’exigence stipulée à l’alinéa 6204(1)(a) (mémoire des appelants, paragraphe 49).

[28] Il s’ensuit que lorsqu’une action est dispensée de l’application des sous-alinéas 6204(1)(a)(iv) à (vi), l’alinéa 6204(1)(b) ne peut non plus être invoqué pour refuser la déduction (mémoire des appelants, paragraphe 51). Puisque les actions de Cybectec sont bel et bien dispensées de l’application du sous-alinéa 6204(1)(a)(iv) grâce à l’exception prévue à l’alinéa 6204(2)(c) comme l’a conclu la juge de la C.C.I., l’attente raisonnable de deux ans ne s’applique pas.

[29] L’obligation de rachat étant le seul fondement invoqué par la Ministre au soutien de cette attente, les appelants demandent que leurs appels soient accueillis et que la déduction réclamée leur soit accordée.

#### LES PRÉTENTIONS DE LA MINISTRE

[30] La Ministre, à l’opposé, demande que l’appel soit rejeté sans pour autant confronter les arguments soulevés par les appelants. Elle maintient que l’obligation de rachat pouvait être prise en compte afin d’établir l’existence de l’attente raisonnable de deux ans aux fins de l’alinéa 6204(1)(b) du Règlement malgré l’exception prévue à l’alinéa 6204(2)(c). À cette fin, la Ministre, aux paragraphes 33 à 55 de son mémoire, réitère les motifs retenus par la juge de la C.C.I. tels que déjà relatés dans les paragraphes qui précèdent.

## ANALYSIS AND DECISION

[31] The T.C.C. Judge readily accepted that the reason why the obligation to redeem was entered into was to provide the appellants with a market for their shares with the result that the exception under paragraph 6204(2)(c) of the Regulations applies. She then asked whether this exception, beyond applying to subparagraph 6204(1)(a)(iv), also overrides the two-year reasonable expectation in paragraph 6204(1)(b), as the appellants suggested (reasons, paragraph 68).

[32] The T.C.C. Judge seems to have concluded that because paragraph 6204(1)(b) of the Regulations and paragraph 110(1)(d.1) of the ITA both refer to a two-year period, they share a common purpose—i.e. to ensure the existence of a risk comparable to that incurred by an investor by requiring a two-year holding period. In the case of paragraph 6204(1)(b), this requirement is inferred by reason of the fact that the reasonable expectation only gives rise to a disqualification if it is likely to materialize within two years (reasons, paragraphs 100 and 101). Because this is distinct from the requirement set out in subparagraph 6204(1)(a)(iv), it operates notwithstanding the exception found under paragraph 6204(2)(c).

[33] To determine the interaction between the provisions in question, the T.C.C. Judge conducted a textual analysis followed by a contextual analysis. Her textual analysis led her to conclude that there was no logical connection between paragraphs 6204(1)(b) and 6204(2)(c) such that the exception provided in the second paragraph would not allow for the requirements set out in the first to be disregarded (reasons, paragraph 98). The contextual analysis she conducted confirmed this finding (reasons, paragraphs 99–104). In sum, the obligation to redeem results in the appellants having at the very least a reasonable expectation that their shares would be redeemed within two years, thereby triggering the application of paragraph 6204(1)(b) (reasons, paragraph 97).

[34] The question whether this obligation to redeem can form the basis of a reasonable expectation under

## ANALYSE ET DÉCISION

[31] La juge de la C.C.I. a accepté d'emblée que l'obligation de rachat fût contractée principalement afin de procurer aux appelants un marché pour disposer de leurs actions et donc, que l'exception prévue à l'alinéa 6204(2)c) du Règlement s'applique. Elle s'est ensuite demandé si cette exception, en plus d'écarter l'application du sous-alinéa 6204(1)a)(iv), permettait aussi de ne pas tenir compte de l'attente raisonnable de deux ans dont il est fait mention à l'alinéa 6204(1)b), comme le prétendaient les appelants (motifs, paragraphe 68).

[32] La juge de la C.C.I. semble avoir conclu que puisque l'alinéa 6204(1)b) du Règlement, comme l'alinéa 110(1)d.1) de la LIR, parle d'une période de deux ans, ces deux dispositions ont le même but, soit d'assurer l'existence d'un risque comparable à celui encouru par un investisseur en exigeant que les actions soient conservées pendant deux ans. Dans le cas de l'alinéa 6204(1)b), cette période de détention minimale découlerait du fait que l'attente raisonnable donne lieu à une disqualification seulement si elle est susceptible de se concrétiser dans les deux ans (motifs, paragraphes 100 et 101). Il s'agirait là d'une exigence indépendante de celle prévue au sous-alinéa 6204(1)a)(iv), de sorte qu'elle aurait ses effets malgré l'exception prévue à l'alinéa 6204(2)c).

[33] Afin de déterminer l'interaction des dispositions en cause, la juge de la C.C.I. a effectué une analyse textuelle suivie d'une analyse contextuelle. Son analyse textuelle l'a menée à conclure qu'il n'y a pas de lien logique entre les alinéas 6204(1)b) et 6204(2)c) de sorte que l'exception prévue par le deuxième de ces alinéas ne permettait pas que l'on fasse abstraction de l'exigence prévue par le premier (motifs, paragraphe 98). L'analyse contextuelle qu'elle a effectuée a servi à confirmer cette conclusion (motifs, paragraphes 99 à 104). Somme toute, l'obligation de rachat établissait à tout le moins l'existence de l'attente raisonnable de deux ans, déclenchant ainsi l'application de l'alinéa 6204(1)b) (motifs, paragraphe 97).

[34] La question de savoir si l'on peut tenir compte de cette obligation afin d'établir l'existence de l'attente

paragraph 6204(1)(b), despite the exception under paragraph 6204(2)(c), is a matter of statutory interpretation. It follows that the answer the T.C.C. Judge gave to this question is subject to the standard of correctness (*Housen*, at paragraph 8).

[35] The Supreme Court of Canada set out the interpretative approach with respect to such questions in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, 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 pays 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.

[36] With this approach in mind, I propose to review the textual analysis conducted by the T.C.C. Judge before turning to her contextual analysis.

- *Textual analysis*

[37] The textual analysis led the T.C.C. Judge to find that despite the introductory words of subsection 6204(2) of the Regulations—i.e. “For the purposes of subsection (1)” —the paragraphs in subsection 6204(2) will only apply to subsection 6204(1) if there is a logical connection (reasons, paragraph 88).

[38] In her opinion, there is no logical connection between paragraphs 6204(1)(b) and 6204(2)(c). It is not the presence of the obligation to redeem that engages paragraph 6204(1)(b), but whether the facts establish the existence of a two-year reasonable expectation. In other words, paragraph 6204(2)(c) requires that consideration not be given to the obligation to redeem in applying subparagraph 6204(1)(a)(iv), but allows for

raisonnable de deux ans aux fins de l’alinéa 6204(1)(b), malgré l’exception prévue à l’alinéa 6204(2)(c), en est une d’interprétation statutaire. Il s’ensuit que la réponse donnée par la juge de la C.C.I. est assujettie à la norme de la décision correcte (*Housen*, au paragraphe 8).

[35] L’approche interprétative en la matière fut énoncée par la Cour suprême dans l’arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, 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.

[36] Je me propose de revoir dans l’ordre l’analyse textuelle et l’analyse contextuelle effectuées par la juge de la C.C.I. avec cette approche à l’esprit.

- *L’analyse textuelle*

[37] L’analyse textuelle a mené la juge de la C.C.I. à conclure que malgré les mots introductifs du paragraphe 6204(2) du Règlement — c.-à-d., « Pour l’application du paragraphe (1) » — les alinéas du paragraphe 6204(2) ne s’appliqueront au paragraphe 6204(1) qu’en présence d’un lien logique (motifs, paragraphe 88).

[38] Selon elle, il n’y a aucun lien logique entre les alinéas 6204(1)(b) et 6204(2)(c). Ce n’est pas la présence de l’obligation de rachat qui donne ouverture à l’alinéa 6204(1)(b), mais bien la question à savoir si les faits établissent l’existence de l’attente raisonnable de deux ans. En d’autres termes, l’alinéa 6204(2)(c) exige qu’on ne tienne pas compte d’une obligation de rachat afin d’appliquer le sous-alinéa 6204(1)(a)(iv), mais

such consideration to be given in order to establish the expectation under paragraph 6204(1)(b).

[39] This conclusion goes against the language of paragraph 6204(2)(c) because it considers the obligation to redeem “[f]or the purposes of subsection [6204](1)”, whereas it is specifically provided that this paragraph must apply “without reference to [...] [an] obligation to redeem” (paragraph 6204(2)(c); emphasis added).

[40] The T.C.C. Judge conceded that there was a logical connection between paragraph 6204(2)(c) and subparagraph 6204(1)(a)(iv), but based her reasoning on the lack of a logical connection between paragraph 6204(2)(c) and paragraph 6204(1)(b). That said, she does not seem to have considered the logical connection between paragraph 6204(2)(c) and paragraph 6204(1)(b) through subparagraph 6204(1)(a)(iv), which connection is clear if, as the appellants claim, paragraph 6204(1)(b) is an anti-avoidance provision intended to ensure full compliance with subparagraph 6204(1)(a)(iv).

[41] On this point, the T.C.C. Judge recognized that paragraph 6204(1)(c) serves to prevent the avoidance of paragraph 6204(1)(a) by amending the terms and conditions of the shares during the two-year period following their issuance. Based on its wording, it seems clear that paragraph 6204(1)(b) plays the same role in respect of subparagraph 6204(1)(a)(iv).

[42] This anti-avoidance purpose which the appellants attribute to paragraph 6204(1)(b) allows for a reading of paragraph 6204(2)(c) that is in line with its wording, and is even more compelling if one considers that the two-year reasonable expectation is aimed at preventing the same abuses as subparagraph 6204(1)(a)(iv). In this context, the idea that the existence of a reasonable expectation raises a question of fact that is addressed independently of the question raised by the obligation to redeem supports the view that paragraph 6204(1)(b) and subparagraph 6204(1)(a)(iv) complement one another, rather than the opposite (reasons, paragraph 97).

[43] It follows, contrary to the T.C.C. Judge’s assertion at paragraph 97 of her reasons, that “the fact that

permet qu’on en tienne compte afin d’établir l’existence de cette attente en vertu de l’alinéa 6204(1)(b).

[39] Cette conclusion va à l’encontre du texte de l’alinéa 6204(2)c puisqu’elle tient compte de l’obligation de rachat « [p]our application de paragraphe [6204](1) », alors qu’il est expressément prévu que ce paragraphe doit être appliqué « compte non tenu ... de l’obligation de racheter » (alinéa 6204(2)c); je souligne).

[40] La juge de la C.C.I. justifie cette lecture en invoquant l’absence de lien logique entre l’alinéa 6204(2)c et l’alinéa 6204(1)b tout en concédant l’existence d’un lien logique entre l’alinéa 6204(2)c et le sous-alinéa 6204(1)a(iv). Ce disant, elle ne semble pas avoir considéré l’existence d’un lien logique entre l’alinéa 6204(2)c et l’alinéa 6204(1)b par l’entremise du sous-alinéa 6204(1)a(iv); lien qui est évident si, comme le prétendent les appelants, l’alinéa 6204(1)b est une mesure anti-évitement qui a pour but d’assurer le respect tant de la lettre que de l’esprit du sous-alinéa 6204(1)a(iv).

[41] À cet égard, la juge de la C.C.I. a pourtant reconnu que l’alinéa 6204(1)c a pour mission d’empêcher de contourner l’application de l’alinéa 6204(1)a par la modification des modalités des actions au cours des deux ans suivant leur émission. Il semble évident, à leur lecture que l’alinéa 6204(1)b joue le même rôle à l’égard du sous-alinéa 6204(1)a(iv).

[42] Cette vocation anti-évitement que les appelants attribuent à l’alinéa 6204(1)b permet de faire une lecture fidèle au texte de l’alinéa 6204(2)c et est d’autant plus de mise si l’on considère que l’attente raisonnable de deux ans vise à empêcher le même comportement que celui proscrit par le sous-alinéa 6204(1)a(iv). Dans cette perspective, l’idée selon laquelle l’existence d’une attente raisonnable évoque une question de fait qui se pose indépendamment de celle évoquée par l’existence d’une obligation de rachat (motifs, paragraphe 97), soutient la thèse selon laquelle l’alinéa 6204(1)b et le sous-alinéa 6204(1)a(iv) se complètent, plutôt que le contraire.

[43] Il s’ensuit que contrairement à ce qu’affirme la juge de la C.C.I. au paragraphe 97 de ses motifs, « le fait

paragraph 6204(1)(b) is applicable in cases where there is no ... obligation to redeem” does not justify a reading that ignores the language of paragraph 6204(2)(c), which specifically requires that no reference be given to the obligation to redeem. A reading of the text that is consistent with the words can be made if one accepts that paragraph 6204(1)(b) is an anti-avoidance provision which supports the object pursued by subparagraph 6204(1)(a)(iv).

- *Contextual analysis*

[44] The T.C.C. Judge supported her reading by attributing a different purpose to paragraph 6204(1)(b). Referring to the period mentioned therein, she concluded that the objective was to impose a two-year holding period in order to subject employees to a risk comparable to that of an investor. With respect, while this risk requirement is also present under paragraph 110(1)(d) of the ITA, it does not result from the imposition of a two-year holding period.

[45] The T.C.C. Judge correctly stated that the policy objective is to ensure that employees are subject to a certain risk and that stock option plans are not used to pay disguised salaries. In her opinion, the first of these goals was not met in this case because “employees do not incur any risk until they exercise their stock options” (reasons, paragraph 101). This assertion underpins her decision (reasons, paragraphs 100–104).

[46] However, the T.C.C. Judge neglected to consider the risk incurred by the appellants between 2001 and 2007 while they held their options. This period must also be considered in order to determine whether the appellants meet Parliament’s requirements in this regard.

[47] Each of paragraphs 110(1)(d) and 110(1)(d.1) of the ITA give access to the 50 percent deduction, but through different mechanisms. In order to properly grasp the policy objective underlying these provisions, one must understand the difficulty Parliament faced in allowing employees to benefit from the 50 percent

que l’alinéa 6204(1)(b) s’applique dans les cas où il n’y a pas [...] d’obligation de racheter » ne justifie pas une lecture qui fait fi du libellé de l’alinéa 6204(2)(c) lequel exige expressément que l’obligation de rachat ne soit pas prise en compte. Une lecture fidèle au texte peut être faite si l’on accepte que l’alinéa 6204(1)(b) est une disposition anti-évitement qui a pour vocation d’empêcher que soit fait indirectement ce que le sous-alinéa 6204(1)(a)(iv) empêche de faire directement.

- *L’analyse contextuelle*

[44] La juge de la C.C.I. s’est confortée dans sa lecture en donnant à l’alinéa 6204(1)(b) une autre vocation. S’en remettant à la période mentionnée à cet alinéa, elle a conclu que l’objectif était d’exiger deux ans de détention afin d’assujettir l’employé à un risque comparable à celui auquel serait exposé un investisseur. Avec égard, l’exigence quant au risque est atteinte autrement que par l’imposition d’une période de détention de deux ans lorsqu’il est question de l’alinéa 110(1)(d) de la LIR.

[45] La juge de la C.C.I. affirme, à bon droit, que la politique fiscale est de faire en sorte que les employés soient assujettis à un certain risque et que les régimes d’options d’achat d’actions ne soient pas utilisés pour camoufler des salaires. Selon elle, le premier de ces objectifs n’est pas atteint en l’espèce puisque « l’employé n’encourt pas de risque tant qu’il n’a pas exercé son option d’achat » (motifs, paragraphe 101). C’est cette affirmation qui sous-tend la décision qu’elle a rendue (motifs, paragraphes 100 à 104).

[46] La juge de la C.C.I. a cependant omis de considérer le risque encouru par les appelants entre 2001 et 2007, alors qu’ils détenaient les options. Cette période doit aussi être prise en compte afin de déterminer si les appelants répondent aux exigences envisagées par le législateur sur ce plan.

[47] Les alinéas 110(1)(d) et 110(1)(d.1) de la LIR donnent tous deux droit à la déduction de 50 p. 100, mais selon des mécanismes différents. Afin de bien saisir la politique fiscale derrière ces dispositions, il faut comprendre la difficulté à laquelle le législateur était confronté en permettant à des employés de bénéficier de

deduction. Indeed, there are certain situations where the favourable capital gains treatment would be inappropriate. In this respect, it is possible to develop structures under which the employer could, through the grant of options, pay what is essentially salary—for instance, by granting options with an exercise price below the FMV of the shares at the time of the grant; or by allowing for the acquisition of shares that offer fixed and guaranteed dividends or that contain an obligation to redeem. A strategic use of these features could enable an employee to benefit from the 50 percent deduction in circumstances that do not justify this treatment.

[48] Paragraph 110(1)(d.1) differs from paragraph 110(1)(d) in that it does not include any restriction as to the type of qualifying shares, except that they must be issued by a CCPC (subparagraph 110(1)(d.1)(i)). The other distinctive feature is the minimum holding period of two years following the acquisition of the shares, which is intended to ensure that the employee incurs a risk comparable to that of an investor during that period (subparagraph 110(1)(d.1)(ii)).

[49] Paragraph 110(1)(d) of the ITA, which applies to shares issued by both a CCPC or a public corporation, addresses the issue of risk differently. It allows for the 50 percent deduction by reference to features relating to the type of share in issue and the exercise price of the option. Under paragraph 6204(1)(a) of the Regulations, prescribed shares have to be “plain vanilla common shares” (reasons, paragraph 75)—i.e. without redemption or conversion rights or fixed dividends.

[50] It is common ground that the shares issued according to the terms of the agreement following the exercise of the option met these requirements. The sole basis for the disallowance of the deduction claimed is the two-year reasonable expectation which, according to the T.C.C. Judge, resulted from the obligation to redeem that had been negotiated a few days prior to the exercise of the options in order to create a market for the appellants’ shares.

la déduction de 50 p. 100. Il existe, en effet, des situations où le traitement favorable réservé au gain en capital serait inapproprié. Par exemple, il est possible d’élaborer des structures en vertu desquelles l’employeur pourrait payer par voie d’options, ce qui est essentiellement un salaire — en octroyant des options dont le prix d’exercice est inférieur à la JVM des actions au moment de l’octroi; ou en faisant porter l’option sur des actions privilégiées bénéficiant de dividendes fixes et garantis ou comportant une obligation de rachat. Une utilisation stratégique de ces structures peut permettre à un employé de bénéficier de la déduction de 50 p. 100 dans des circonstances où ce traitement n’est pas justifié.

[48] L’alinéa 110(1)d.1 se distingue de l’alinéa 110(1)d) principalement parce qu’il ne comporte aucune restriction quant au type d’action susceptible de donner droit à la déduction, si ce n’est qu’elles doivent être des actions émises par une SPCC (sous-alinéa 110(1)d.1(i)). L’autre caractéristique distinctive est la durée minimale de détention de deux ans une fois les actions acquises, laquelle fait en sorte que l’employé assumera un risque comparable à celui d’un investisseur pendant cette période (sous-alinéa 110(1)d.1(ii)).

[49] L’alinéa 110(1)d) de la LIR, lequel s’applique tant à des actions émises par une SPCC que par une société publique, aborde le problème différemment. Il donne droit à la déduction de 50 p. 100 en fonction de critères axés sur le type d’actions en cause et le prix d’exercice de l’option. Selon le l’alinéa 6204(1)a) du Règlement, une action visée doit être une action « tout à fait ordinaire » ou « plain vanilla » (motifs, paragraphe 75) — c.-à-d., sans droit de rachat, de conversion ou dividendes fixes.

[50] Il est acquis de part et d’autre que les actions qui furent émises selon les termes de la convention suite à l’exercice des options rencontraient ces exigences. Seule l’attente raisonnable de deux ans découlant de l’obligation de rachat intervenue quelques jours avant l’exercice des options afin de créer un marché pour les actions des appelants a été retenue par la juge de la C.C.I. pour refuser la déduction réclamée.



[51] The fact that a prescribed share must be “plain vanilla” prevents the improper use of particular share features once they are issued. For example, excluding shares with a right to redeem prevents the repeated grant of options followed by successive redemptions during periods of rapid growth.

[52] The other distinction that is of particular interest in this case relates to the exercise price of the option. Specifically, paragraph 110(1)(d) requires this price to be at least equal to the FMV of the shares under the option at the time of its grant (see subparagraph 110(1)(d)(ii) of the ITA). In this case, this price was 20¢ per share with the result that the option had no intrinsic value at the time of its grant.

[53] This requirement ensures that the growth of the value of the options held by the appellants between the time they were granted and the exercise date—i.e. from 20¢ to \$1.2583—is attributable solely to the growth of Cybectec between those two dates. It follows that in this case the option, which was without value the day of its grant because it was issued at par, fluctuated from that point on until the day of the exercise. Thus, insofar as the options are concerned, the appellants are in the same position as an investor holding this type of property. In both cases, the value of the options fluctuates according to the economic performance of the issuer, and the hope is that at the time of exercise, the shares will have a greater value than they did at the time of their grant.

[54] This is to be contrasted with paragraph 110(1)(d.1) which allows the exercise price of the option to be set below the value of the shares at the time of the grant. Under this scenario, there is no guarantee that the employee will be subject to a risk comparable to that of an investor until such time as the shares connected to the stock options have not been issued.

[55] The fact that the appellants were exposed to a risk from the moment when the options were granted and that the shares described under the terms of the plan were in all respects prescribed shares explain why

[51] Le fait qu’une action visée doit être « tout à fait ordinaire » empêche l’utilisation abusive qui peut être faite de certains types d’actions une fois émises. À titre d’exemple, l’exclusion d’actions comportant un droit de rachat prévient l’octroi répété d’options suivi de rachats successifs pendant des périodes de croissance rapide de la société émettrice.

[52] L’autre distinction qui revêt un intérêt particulier pour nos fins porte sur le prix d’exercice de l’option. En vertu du mécanisme établi par l’alinéa 110(1)(d), ce prix doit être au moins égal à la JVM des actions assujetties à l’option au moment de son octroi (voir le sous-alinéa 110(1)(d)(ii) de la LIR). En l’occurrence, ce prix se situait à 20¢ l’action et fait en sorte que l’option n’avait aucune valeur intrinsèque lors de son octroi.

[53] Cette exigence a pour effet d’assurer que la croissance de la valeur des options détenues par les appelants entre le moment de leur octroi et la date d’exercice — c.-à-d., de 20¢ à 1,258 \$ — est attribuable exclusivement à la croissance de Cybectec entre ces deux dates. Ainsi, l’option qui était sans valeur le jour de son octroi puisqu’elle était au pair, a vu sa valeur fluctuer à compter de cette date, jusqu’à celle de l’exercice. Sur ce plan, les appelants sont dans la même situation que l’investisseur qui détient ce type de bien. Dans les deux cas, la valeur des options se traduit par l’évolution à la hausse ou à la baisse de la société émettrice, et l’espoir escompté est qu’au moment de l’exercice, les actions auront une valeur supérieure à celle qu’elles avaient au moment de l’octroi.

[54] La situation est tout autre lorsque le prix d’exercice est fixé en deçà de la valeur des actions au moment de l’octroi comme le permet l’alinéa 110(1)d.1). Dans ce contexte, rien ne garantit que l’employé est assujéti à un risque comparable à un investisseur tant et aussi longtemps que les actions qui sous-tendent l’option ne sont pas émises.

[55] Le fait que les appelants furent assujéti à un risque à compter de l’octroi de l’option et le fait que les actions décrites à la convention étaient en tout point des actions visées expliquent pourquoi ils auraient

they could have claimed the 50 percent deduction if they had simply sold their options to Cybectec, instead of exercising them and having the shares redeemed (see clause 110(1)(d)(i)(B)). It also explains why the appellants could have sold the shares to Cooper, a non-specified person, and benefitted from the 50 percent deduction (subsection 6204(3) of the Regulations). It seems clear that this favourable treatment would not be warranted if the appellants had not met the risk requirement.

[56] This shows that for the purposes of paragraph 110(1)(d) of the ITA, it is not the imposition of a holding period that ensures the existence of a risk element, but the particular characteristics of a prescribed share and the minimum price at which the option must be exercised.

[57] The T.C.C. Judge, in coming to the opposite conclusion, was necessarily influenced by the two-year period mentioned in paragraph 6204(1)(b), which coincides with the period set out in paragraph 110(1)(d.1) of the ITA. However, in providing for this limit in paragraph 6204(1)(b), Parliament was not seeking to impose a holding period.

[58] In this regard, paragraph 6204(1)(b) must be read with subparagraph 6204(1)(a)(iv). This subparagraph prevents the deduction from being claimed with respect to shares which embody an obligation to redeem. Paragraph 6204(1)(b) broadens the scope of this disqualification by extending it to situations not involving an obligation to redeem, for instance, where an established practice makes the redemption of the shares by the employer after their issue reasonably predictable. It seems clear that these two provisions complete one another and that the latter is intended to prevent employees from benefitting from the deduction in circumstances where they can have their shares redeemed at will in concert with the employer or a specified person, even if no formal or legally enforceable obligation can be pointed to.

[59] That said, paragraph 6204(1)(b), given its otherwise ongoing and permanent effect, had to be subject to

pu réclamer la déduction de 50 p. 100 s'ils avaient tout simplement cédé leurs options à Cybectec, au lieu de les exercer et vendre les actions (voir la division 110(1)d)(i)(B)). Ceci explique aussi pourquoi les appelants auraient pu vendre à Cooper, personne non-apparentée, les actions acquises suite à l'exercice des options tout en bénéficiant de la déduction de 50 p. 100 (paragraphe 6204(3) du Règlement). Il va sans dire que ce traitement favorable n'aurait pas sa raison d'être si les appelants n'avaient pas rencontré l'exigence quant au risque.

[56] Ce traitement démontre qu'aux fins de l'alinéa 110(1)d) de la LIR, ce n'est pas l'imposition d'une période de détention qui assure l'existence d'un risque, mais bien les caractéristiques particulières d'une action visée et le prix minimum établi pour l'exercice de l'option.

[57] La juge de la C.C.I. en tirant la conclusion contraire a nécessairement été influencée par la période de deux ans mentionnée à l'alinéa 6204(1)b), laquelle coïncide avec celle prévue à l'alinéa 110(1)d.1) de la LIR. Cependant, en inscrivant cette limite à l'alinéa 6204(1)b), le législateur ne cherchait pas à imposer une période de détention de deux ans.

[58] À cet égard, l'alinéa 6204(1)b) doit être lu de pair avec le sous-alinéa 6204(1)a)(iv). Ce sous-alinéa disqualifie toute action dont les caractéristiques permettent qu'elle soit rachetée par l'employeur. L'alinéa 6204(1)b) étend la portée de cette disqualification en la rendant applicable même en l'absence d'une obligation de rachat, par exemple, lorsqu'une pratique établie fait en sorte que le rachat de l'action par l'employeur suite à son émission est raisonnablement prévisible. De toute évidence, ces deux dispositions se complètent et la deuxième a pour but d'empêcher que la déduction soit réclamée suite à des rachats orchestrés avec le concours de l'employeur ou d'une personne apparentée, même lorsqu'il n'existe aucune obligation légale permettant à l'employé d'exiger que ces rachats soient effectués.

[59] Par contre, l'alinéa 6204(1)b), compte tenu de son effet par ailleurs continu et permanent, devait être

some time limitation. The two-year period was set out for this purpose. Given that prescribed shares issued by a CCPC would qualify under paragraph 110(1)(d.1) if reasonably expected to be redeemed only after the expiration of that period, the choice of two years can be readily understood.

[60] Since subparagraph 6204(1)(a)(iv) and paragraph 6204(1)(b) share the same objective, the “logical connection” which the T.C.C. Judge could not establish with paragraph 6204(2)(c) is present in both cases. It follows that paragraph 6204(1)(b), like subparagraph 6204(1)(a)(iv), must be applied “without reference to” the obligation to redeem.

[61] Looking at the matter from a different perspective, because paragraph 6204(1)(b) is intended to prevent the avoidance of subparagraph 6204(1)(a)(iv), it was not open to the T.C.C. Judge to rely on paragraph 6204(1)(b) as a basis for denying the deduction claimed in circumstances where subparagraph 6204(1)(a)(iv) was not avoided.

- *Disposition*

[62] For these reasons, I would allow the appeals with costs in the lead appeal, and rendering the judgments which the T.C.C. Judge should have rendered, I would allow the appeals and remit the seven assessments back to the Minister for reassessment on the basis that the appellants are entitled to the deduction claimed pursuant to paragraph 110(1)(d) of the ITA with respect to their 2007 taxation year.

SCOTT J.A.: I agree.

BOIVIN J.A.: I agree.

assujetti à une limite temporelle quelconque. La période de deux ans fut inscrite à cette fin. Cette limite est bien choisie si l'on considère que des actions visées émises par une SPCC se qualifiaient de toute façon sous le régime de l'alinéa 110(1)d.1) de la LIR, si l'attente raisonnable de rachat était susceptible de se réaliser qu'après deux ans.

[60] Puisque le sous-alinéa 6204(1)a)(iv) et l'alinéa 6204(1)b) partagent le même objectif, le « lien logique » recherché par la juge de la C.C.I. avec l'exception prévue à l'alinéa 6204(2)c) est présent dans les deux cas. Il s'ensuit que tant l'alinéa 6204(1)b) que le sous-alinéa 6204(1)a)(iv) doivent être appliqués « compte non tenu » de l'obligation de rachat.

[61] Considérant l'affaire sous un autre angle, puisque l'alinéa 6204(1)b) a pour mission d'empêcher l'évitement du sous-alinéa 6204(1)a)(iv), la juge la C.C.I. ne pouvait invoquer l'alinéa 6204(1)b) pour refuser la déduction réclamée compte tenu du fait que le sous-alinéa 6204(1)a)(iv) n'a pas été contourné.

- *Disposition*

[62] Pour ces motifs, j'accueillerais les appels avec un seul jeu de dépens dans le dossier principal et rendant les jugements que la juge de la C.C.I. aurait dû rendre, j'accueillerai les appels portés devant elle, et je déférerai les sept cotisations à la Ministre pour nouvelles cotisations accordant la déduction réclamée par chacun des appelants en vertu de l'alinéa 110(1)d) de la LIR pour leur année d'imposition 2007.

SCOTT, J.C.A. : Je suis d'accord.

BOIVIN, J.C.A. : Je suis d'accord.

## ANNEX

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1

**Agreement to issue securities to employees**

**7 (1)** Subject to subsections (1.1) and (8), where a particular qualifying person has agreed to sell or issue securities of the particular qualifying person (or of a qualifying person with which it does not deal at arm's length) to an employee of the particular qualifying person (or of a qualifying person with which the particular qualifying person does not deal at arm's length),

(a) if the employee has acquired securities under the agreement, a benefit equal to the amount, if any, by which

...

**Employee stock options**

**(1.1)** Where after March 31, 1977 a Canadian-controlled private corporation (in this subsection referred to as "the corporation") has agreed to sell or issue a share of the capital stock of the corporation or of a Canadian-controlled private corporation with which it does not deal at arm's length to an employee of the corporation or of a Canadian-controlled private corporation with which it does not deal at arm's length and at the time immediately after the agreement was made the employee was dealing at arm's length with

(a) the corporation,

(b) the Canadian-controlled private corporation, the share of the capital stock of which has been agreed to be sold by the corporation, and

(c) the Canadian-controlled private corporation that is the employer of the employee,

in applying paragraph (1)(a) in respect of the employee's acquisition of the share, the reference in that

## ANNEXE

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1

**Émission de titres en faveur d'employés**

**7 (1)** Sous réserve des paragraphes (1.1) et (8), lorsqu'une personne admissible donnée est convenue d'émettre ou de vendre de ses titres, ou des titres d'une personne admissible avec laquelle elle a un lien de dépendance, à l'un de ses employés ou à un employé d'une personne admissible avec laquelle elle a un lien de dépendance, les présomptions suivantes s'appliquent :

a) l'employé qui a acquis des titres en vertu de la convention est réputé avoir reçu, en raison de son emploi et au cours de l'année d'imposition où il a acquis les titres, un avantage égal à l'excédent éventuel de la valeur des titres au moment où il les a acquis sur le total de la somme qu'il a payée ou doit payer à la personne admissible donnée pour ces titres et de la somme qu'il a payée pour acquérir le droit d'acquérir les titres;

[...]

**Options d'achat d'actions accordées à des employés**

**(1.1)** Lorsque, après le 31 mars 1977, une société privée sous contrôle canadien (appelée l'« émetteur » au présent paragraphe) est convenue d'émettre une action de son capital-actions, ou du capital-actions d'une société privée sous contrôle canadien avec laquelle elle a un lien de dépendance, en faveur d'un de ses employés ou d'un employé d'une société privée sous contrôle canadien avec laquelle elle a un lien de dépendance, ou de vendre une telle action à un tel employé, et que, immédiatement après la conclusion d'une telle convention, l'employé n'avait aucun lien de dépendance :

a) avec l'émetteur;

b) avec la société privée sous contrôle canadien dont l'émetteur est convenu de vendre l'action du capital-actions;

c) avec la société privée sous contrôle canadien qui est son employeur,

pour l'application de l'alinéa (1)a) à l'acquisition de cette action par l'employé, le passage « au cours de l'année

paragraph to the taxation year in which the employee acquired the securities shall be read as a reference to the taxation year in which the employee disposed of or exchanged the securities.

...

### DIVISION C

#### Computation of Taxable Income

##### Deductions permitted

**110 (1)** For the purpose of computing the taxable income of a taxpayer for a taxation year, there may be deducted such of the following amounts as are applicable

##### Employee options

**(d)** an amount equal to 1/2 of the amount of the benefit deemed by subsection 7(1) to have been received by the taxpayer in the year in respect of a security that a particular qualifying person has agreed after February 15, 1984 to sell or issue under an agreement, or in respect of the transfer or other disposition of rights under the agreement, if

**(i)** the security under,

**(A)** is a prescribed share at the time of its sale or issue, as the case may be,

**(B)** would have been a prescribed share if it were issued or sold to the taxpayer at the time the taxpayer disposed of rights under the agreement,

**(C)** would have been a unit of a mutual fund trust at the time of its sale or issue if those units issued by the trust that were not identical to the security had not been issued, or

**(D)** would have been a unit of a mutual fund trust if

**(I)** it were issued or sold to the taxpayer at the time the taxpayer disposed of rights under the agreement, and

**(II)** those units issued by the trust that were not identical to the security had not been issued,

d'imposition où il a acquis les titres » à cet alinéa est remplacé par « au cours de l'année d'imposition où il a disposé des titres ou les a échangés ».

[...]

### SECTION C

#### Calcul du revenu imposable

##### Déductions

**110 (1)** Pour le calcul du revenu imposable d'un contribuable pour une année d'imposition, il peut être déduit celles des sommes suivantes qui sont appropriées :

##### Options d'employés

**d)** la moitié de la valeur de l'avantage que le contribuable est réputé par le paragraphe 7(1) avoir reçu au cours de l'année relativement à un titre qu'une personne admissible donnée est convenue, après le 15 février 1984, d'émettre ou de vendre aux termes d'une convention, ou relativement au transfert ou à une autre forme de disposition des droits prévus par la convention, dans le cas où les conditions suivantes sont réunies :

**(i)** le titre, selon le cas :

**(A)** est une action visée par règlement au moment de sa vente ou de son émission,

**(B)** aurait été une action visée par règlement s'il avait été vendu au contribuable, ou émis en sa faveur, au moment où il a disposé de ses droits prévus par la convention,

**(C)** aurait été une part d'une fiducie de fonds commun de placement au moment de sa vente ou de son émission si les parts émises par la fiducie qui n'étaient pas identiques au titre n'avaient pas été émises,

**(D)** aurait été une part d'une fiducie de fonds commun de placement si, à la fois :

**(I)** il avait été vendu au contribuable, ou émis en sa faveur, au moment où celui-ci a disposé de ses droits prévus par la convention,

**(II)** les parts émises par la fiducie qui n'étaient pas identiques au titre n'avaient pas été émises,

**(ii)** where rights under the agreement were not acquired by the taxpayer as a result of a disposition of rights to which subsection 7(1.4) applied,

**(A)** the amount payable by the taxpayer to acquire the security under the agreement is not less than the amount by which

**(I)** the fair market value of the security at the time the agreement was made exceeds

**(II)** the amount, if any, paid by the taxpayer to acquire the right to acquire the security, and

**(B)** at the time immediately after the agreement was made, the taxpayer was dealing at arm's length with

**(I)** the particular qualifying person,

**(II)** each other qualifying person that, at the time, was an employer of the taxpayer and was not dealing at arm's length with the particular qualifying person, and

**(III)** the qualifying person of which the taxpayer had, under the agreement, a right to acquire a security, and

**(iii)** where rights under the agreement were acquired by the taxpayer as a result of one or more dispositions to which subsection 7(1.4) applied,

**(A)** the amount payable by the taxpayer to acquire the security under the agreement is not less than the amount that was included, in respect of the security, in the amount determined under subparagraph 7(1.4)(c)(ii) with respect to the most recent of those dispositions,

**(B)** at the time immediately after the agreement the rights under which were the subject of the first of those dispositions (in this subparagraph referred to as the "original agreement") was made, the taxpayer was dealing at arm's length with

**(I)** the qualifying person that made the original agreement,

**(ii)** si les droits prévus par la convention n'ont pas été acquis par le contribuable par suite d'une disposition de droits à laquelle le paragraphe 7(1.4) s'applique, à la fois :

**(A)** le montant que le contribuable doit payer pour acquérir le titre aux termes de la convention est au moins égal à l'excédent du montant visé à la subdivision (I) sur le montant visé à la subdivision (II) :

**(I)** la juste valeur marchande du titre au moment de la conclusion de la convention,

**(II)** le montant éventuel que le contribuable a payé pour acquérir le droit d'acquérir le titre,

**(B)** immédiatement après la conclusion de la convention, le contribuable n'avait de lien de dépendance avec aucune des personnes suivantes :

**(I)** la personne admissible donnée,

**(II)** chacune des autres personnes admissibles qui, immédiatement après la conclusion de la convention, était un employeur du contribuable et avait un lien de dépendance avec la personne admissible donnée,

**(III)** la personne admissible dont le contribuable avait le droit d'acquérir un titre aux termes de la convention,

**(iii)** si les droits prévus par la convention ont été acquis par le contribuable par suite d'une ou de plusieurs dispositions auxquelles le paragraphe 7(1.4) s'applique, à la fois :

**(A)** le montant que le contribuable doit payer pour acquérir le titre aux termes de la convention est au moins égal au montant qui a été inclus, relativement au titre, dans le montant total payable visé à l'alinéa 7(1.4)c) à l'égard de la plus récente de ces dispositions,

**(B)** immédiatement après la conclusion de la convention prévoyant les droits qui ont fait l'objet de la première de ces dispositions (appelée « convention initiale » au présent sous-alinéa), le contribuable n'avait de lien de dépendance avec aucune des personnes suivantes :

**(I)** la personne admissible ayant conclu la convention initiale,

**(II)** each other qualifying person that, at the time, was an employer of the taxpayer and was not dealing at arm's length with the qualifying person that made the original agreement, and

**(III)** the qualifying person of which the taxpayer had, under the original agreement, a right to acquire a security,

**(C)** the amount that was included, in respect of each particular security that the taxpayer had a right to acquire under the original agreement, in the amount determined under subparagraph 7(1.4)(c)(iv) with respect to the first of those dispositions was not less than the amount by which

**(I)** the fair market value of the particular security at the time the original agreement was made

exceeded

**(II)** the amount, if any, paid by the taxpayer to acquire the right to acquire the security, and

**(D)** for the purpose of determining if the condition in paragraph 7(1.4)(c) was satisfied with respect to each of the particular dispositions following the first of those dispositions,

**(I)** the amount that was included, in respect of each particular security that could be acquired under the agreement the rights under which were the subject of the particular disposition, in the amount determined under subparagraph 7(1.4)(c)(iv) with respect to the particular disposition

was not less than

**(II)** the amount that was included, in respect of the particular security, in the amount determined under subparagraph 7(1.4)(c)(ii) with respect to the last of those dispositions preceding the particular disposition;

**(II)** chacune des autres personnes admissibles qui, immédiatement après la conclusion de la convention, était un employeur du contribuable et avait un lien de dépendance avec la personne admissible ayant conclu la convention initiale,

**(III)** la personne admissible dont le contribuable avait le droit d'acquérir un titre aux termes de la convention initiale,

**(C)** le montant qui a été inclus, relativement à chaque titre donné que le contribuable avait le droit d'acquérir aux termes de la convention initiale, dans le montant payable visé à l'alinéa 7(1.4)c) à l'égard de la première de ces dispositions était au moins égal à l'excédent du montant visé à la subdivision (I) sur le montant visé à la subdivision (II) :

**(I)** la juste valeur marchande du titre donné au moment de la conclusion de la convention initiale,

**(II)** le montant éventuel que le contribuable a payé pour acquérir le droit d'acquérir le titre,

**(D)** pour ce qui est de déterminer si la condition énoncée à l'alinéa 7(1.4)c) a été remplie à l'égard de chacune des dispositions données suivant la première de ces dispositions, le montant visé à la subdivision (I) était au moins égal au montant visé à la subdivision (II) :

**(I)** le montant qui a été inclus, relativement à chaque titre donné pouvant être acquis aux termes de la convention prévoyant les droits qui ont fait l'objet de la disposition donnée, dans le montant payable visé à l'alinéa 7(1.4)c) à l'égard de la disposition donnée,

**(II)** le montant qui a été inclus, relativement au titre donné, dans le montant total payable visé à l'alinéa 7(1.4)c) à l'égard de la dernière de ces dispositions précédant la disposition donnée;

[...]

**Idem****(d.1)** where the taxpayer

**(i)** is deemed, under paragraph 7(1)(a) by virtue of subsection 7(1.1), to have received a benefit in the year in respect of a share acquired by the taxpayer after May 22, 1985,

**(ii)** has not disposed of the share (otherwise than as a consequence of the taxpayer's death) or exchanged the share within two years after the date the taxpayer acquired it, and

**(iii)** has not deducted an amount under paragraph 110(1)(d) in respect of the benefit in computing the taxpayer's taxable income for the year,

an amount equal to 1/2 of the amount of the benefit;

*Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945*

**6204 (1)** For the purposes of subparagraph 110(1)(d) of the Act, a share is a prescribed share of the capital stock of a corporation at the time of its sale or issue, as the case may be, if, at that time,

**(a)** under the terms or conditions of the share or any agreement in respect of the share or its issue,

**(i)** the amount of the dividends (in this section referred to as the "dividend entitlement") that the corporation may declare or pay on the share is not limited to a maximum amount or fixed at a minimum amount at that time or at any time thereafter by way of a formula or otherwise,

**(ii)** the amount (in this section referred to as the "liquidation entitlement") that the holder of the share is entitled to receive on the share on the dissolution, liquidation or winding-up of the corporation is not limited to a maximum amount or fixed at a minimum amount by way of a formula or otherwise,

**(iii)** the share cannot be converted into any other security, other than into another security of the corporation or of another corporation with which it does not deal at arm's length that is, or would be at the date of conversion, a prescribed share,

**(iv)** the holder of the share cannot at that time or at any time thereafter cause the share to be redeemed,

**Idem**

**d.1)** la moitié de la valeur de l'avantage dans le cas où le contribuable, à la fois :

**(i)** est réputé, selon l'alinéa 7(1)a) à cause du paragraphe 7(1.1), avoir reçu un avantage au cours de l'année au titre d'une action qu'il a acquise après le 22 mai 1985,

**(ii)** n'a pas disposé de l'action (autrement que par suite de son décès) ou ne l'a pas échangée dans les deux ans suivant la date où il l'a acquise,

**(iii)** n'a pas déduit de montant en vertu de l'alinéa d) pour l'avantage, dans le calcul de son revenu imposable pour l'année;

*Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945*

**6204 (1)** Pour l'application de l'alinéa 110(1)d) de la Loi, une action est une action visée du capital-actions d'une société à la date de sa vente ou de son émission, selon le cas, si à cette date :

**a)** conformément aux conditions de l'action ou à un accord relatif à l'action ou à son émission :

**(i)** le montant des dividendes — appelé « part des bénéficiaires » au présent article — que la société peut déclarer ou verser sur l'action n'est pas limité à un montant maximum ni fixé à un montant minimum, à cette date ou ultérieurement, par une formule ou autrement,

**(ii)** le montant — appelé « part de liquidation » au présent article — que le détenteur de l'action a le droit de recevoir sur celle-ci à la dissolution ou liquidation de la société n'est pas limité à un montant maximum ni fixé à un montant minimum, par une formule ou autrement,

**(iii)** l'action ne peut être convertie en une autre valeur, sauf s'il s'agit d'une valeur de la société ou d'une autre société avec laquelle elle a un lien de dépendance qui est une action visée ou qui le serait à la date de la conversion,

**(iv)** le détenteur de l'action ne peut, à cette date ou ultérieurement, faire en sorte que l'action soit ra-



acquired or cancelled by the corporation or any specified person in relation to the corporation, except where the redemption, acquisition or cancellation is required pursuant to a conversion that is not prohibited by subparagraph (iii),

(v) no person or partnership has, either absolutely or contingently, an obligation to reduce, or to cause the corporation to reduce, at that time or at any time thereafter, the paid-up capital in respect of the share, except where the reduction is required pursuant to a conversion that is not prohibited by subparagraph (iii), and

(vi) neither the corporation nor any specified person in relation to the corporation has, either absolutely or contingently, the right or obligation to redeem, acquire or cancel, at that time or any later time, the share in whole or in part other than for an amount that approximates the fair market value of the share (determined without reference to any such right or obligation) or a lesser amount;

(b) the corporation or a specified person in relation to the corporation cannot reasonably be expected to, within two years after the time the share is sold or issued, as the case may be, redeem, acquire or cancel the share in whole or in part, or reduce the paid-up capital of the corporation in respect of the share, otherwise than as a consequence of

(i) an amalgamation of a subsidiary wholly-owned corporation,

(ii) a winding-up to which subsection 88(1) of the Act applies, or

(iii) a distribution or appropriation to which subsection 84(2) of the Act applies; and

(c) it cannot reasonably be expected that any of the terms or conditions of the share or any existing agreement in respect of the share or its sale or issue will be modified or amended, or that any new agreement in respect of the share, its sale or issue will be entered into, within two years after the time the share is sold or issued, in such a manner that the share would not be a prescribed share if it had been sold or issued at the time of such modification or amendment or at the time the new agreement is entered into.

(2) For the purposes of subsection (1),

chetée, acquise ou annulée par la société ou par une personne apparentée à la société, sauf si le rachat, l'acquisition ou l'annulation est exigé aux termes d'une conversion que le sous-alinéa (iii) n'interdit pas,

(v) aucune personne ou société de personnes n'a l'obligation, conditionnelle ou non, de réduire ou de faire en sorte que la société réduise, à cette date ou ultérieurement, le capital versé au titre de l'action, sauf si la réduction est exigée aux termes d'une conversion que le sous-alinéa (iii) n'interdit pas,

(vi) ni la société ni une personne apparentée à elle n'ont le droit ou l'obligation, conditionnel ou non, de racheter, d'acquérir ou d'annuler, à cette date ou ultérieurement, tout ou partie de l'action, sauf en contrepartie d'un montant qui correspond approximativement à la juste valeur marchande de l'action, déterminée compte non tenu d'un tel droit ou d'une telle obligation, ou d'un montant inférieur;

b) on ne peut raisonnablement s'attendre à ce que, dans les deux ans suivant la vente ou l'émission de l'action, la société ou une personne apparentée à celle-ci rachète, acquière ou annule l'action en tout ou en partie, ou réduise le capital versé de la société au titre de l'action, autrement que par suite :

(i) soit de la fusion d'une filiale à cent pour cent,

(ii) soit d'une liquidation à laquelle s'applique le paragraphe 88(1) de la Loi,

(iii) soit d'une distribution ou attribution à laquelle s'applique le paragraphe 84(2) de la Loi;

c) il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce que les modalités de l'action ou une convention concernant l'action ou sa vente ou son émission soient modifiées, ou à ce qu'une nouvelle convention concernant l'action, sa vente ou son émission soit conclue, dans les deux ans suivant la date de la vente ou de l'émission de l'action, de telle sorte que l'action n'aurait pas été une action visée si elle avait été vendue ou émise à la date d'une telle modification ou à la date où la nouvelle convention est conclue.

(2) Pour l'application du paragraphe (1) :

(a) the dividend entitlement of a share of the capital stock of a corporation shall be deemed not to be limited to a maximum amount or fixed at a minimum amount where it may reasonably be considered that all or substantially all of the dividend entitlement is determinable by reference to the dividend entitlement of another share of the capital stock of the corporation that meets the requirements of subparagraph (1)(a)(i);

(b) the liquidation entitlement of a share of the capital stock of a corporation shall be deemed not to be limited to a maximum amount or fixed at a minimum amount where it may reasonably be considered that all or substantially all of the liquidation entitlement is determinable by reference to the liquidation entitlement of another share of the capital stock of the corporation that meets the requirements of subparagraph (1)(a)(ii); and

(c) the determination of whether a share of the capital stock of a particular corporation is a prescribed share shall be made without reference to a right or obligation to redeem, acquire or cancel the share, or to cause the share to be redeemed, acquired or cancelled, where

(i) the person (in this paragraph referred to as the “holder”) to whom the share is sold or issued is, at the time the share is sold or issued, dealing at arm’s length with the particular corporation and with each corporation with which the particular corporation is not dealing at arm’s length,

(ii) the right or obligation is provided for in the terms or conditions of the share or in an agreement in respect of the share or its issue and, having regard to all the circumstances, it can reasonably be considered that

(A) the principal purpose of providing for the right or obligation is to protect the holder against any loss in respect of the share, and the amount payable on the redemption, acquisition or cancellation (in this subparagraph and in subparagraph (iii) referred to as the “acquisition”) of the share will not exceed the adjusted cost base of the share to the holder immediately before the acquisition, or

(B) the principal purpose of providing for the right or obligation is to provide the holder with a market for the share, and the amount payable on the acquisition of the share will not exceed the fair market value of the share immediately before the acquisition, and

a) la part des bénéfices liée à une action du capital-actions d’une société est réputée ne pas être limitée à un montant maximum ni fixée à un montant minimum, lorsqu’il est raisonnable de croire que la totalité ou presque de cette part peut être déterminée par comparaison à la part des bénéfices liée à une autre action du capital-actions de la société, qui répond aux exigences du sous-alinéa (1)a(i);

b) la part de liquidation d’une action du capital-actions d’une société est réputée ne pas être limitée à un montant maximum ni fixée à un montant minimum, lorsqu’il est raisonnable de croire que la totalité ou presque de cette part peut être déterminée par comparaison à la part de liquidation d’une autre action du capital-actions de la société, qui répond aux exigences du sous-alinéa (1)a(ii);

c) la question de savoir si une action du capital-actions d’une société donnée est une action visée est déterminée compte non tenu du droit ou de l’obligation de racheter, d’acquérir ou d’annuler l’action ou de faire en sorte qu’elle soit rachetée, acquise ou annulée, si les conditions suivantes sont réunies :

(i) au moment de la vente ou de l’émission de l’action, la personne (appelée *détenteur* au présent alinéa) à qui l’action est vendue ou émise n’a de lien de dépendance ni avec la société donnée ni avec les sociétés avec lesquelles celle-ci a un lien de dépendance,

(ii) le droit ou l’obligation est prévu par les modalités de l’action ou dans une convention concernant l’action ou son émission et, compte tenu de toutes les circonstances, il est raisonnable de considérer :

(A) soit que le droit ou l’obligation est prévu principalement en vue de garantir le détenteur contre les pertes pouvant résulter de l’action et que la somme à payer lors du rachat, de l’acquisition ou de l’annulation (appelés « acquisition » au présent sous-alinéa et au sous-alinéa (iii)) de l’action ne dépassera pas le prix de base rajusté de l’action pour le détenteur immédiatement avant l’acquisition,

(B) soit que le droit ou l’obligation est prévu principalement en vue de fournir au détenteur un marché pour l’action et que la somme à payer lors de l’acquisition de l’action ne dépassera pas la juste valeur marchande de l’action immédiatement avant l’acquisition,

(iii) having regard to all the circumstances, it can reasonably be considered that no portion of the amount payable on the acquisition of the share is directly determinable by reference to the profits of the particular corporation, or of another corporation with which the particular corporation does not deal at arm's length, for all or any part of the period during which the holder owns the share or has a right to acquire the share, unless the reference to the profits of the particular corporation or the other corporation is only for the purpose of determining the fair market value of the share pursuant to a formula set out in the terms or conditions of the share or the agreement in respect of the share or its issue, as the case may be.

(3) For the purposes of subsection (1), *specified person*, in relation to a corporation, means

(a) any person or partnership with whom the corporation does not deal at arm's length otherwise than because of a right referred to in paragraph 251(5)(b) of the Act that arises as a result of an offer by the person or partnership to acquire all or substantially all of the shares of the capital stock of the corporation, or

(b) any partnership or trust of which the corporation (or a person or partnership with whom the corporation does not deal at arm's length) is a member or beneficiary, respectively.

(4) For the purposes of subsection (3), the Act shall be read without reference to subsection 256(9) of the Act.

(iii) compte tenu de toutes les circonstances, il est raisonnable de considérer qu'aucune partie de la somme à payer lors de l'acquisition de l'action n'est déterminable directement en fonction des bénéfices de la société donnée ou d'une autre société avec laquelle celle-ci a un lien de dépendance, pour tout ou partie de la période au cours de laquelle le détenteur est propriétaire de l'action ou a le droit de l'acquiescer, sauf si la mention des bénéfices de la société donnée ou de l'autre société ne sert qu'à établir la juste valeur marchande de l'action suivant une formule prévue par les modalités de l'action ou dans la convention concernant l'action ou son émission, selon le cas.

(3) Pour l'application du paragraphe (1), *personne apparentée* à une société s'entend des personnes suivantes :

a) une personne ou une société de personnes avec laquelle la société a un lien de dépendance sauf en raison d'un droit visé à l'alinéa 251(5)b) de la Loi qui découle de l'offre de la personne ou de la société de personnes d'acquiescer la totalité ou la presque totalité des actions du capital-actions de la société;

b) une société de personnes ou une fiducie dont la société (ou une personne ou une société de personnes avec laquelle elle a un lien de dépendance) est respectivement associé ou bénéficiaire.

(4) Pour l'application du paragraphe (3), il n'est pas tenu compte du paragraphe 256(9) de la Loi.

A-431-16  
2017 FCA 42

A-431-16  
2017 CAF 42

**Her Majesty the Queen In Right of Canada and the Attorney General of Canada** (*Applicants*)

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada et le procureur général du Canada** (*demandeurs*)

v.

c.

**Ade Olumide** (*Respondent*)

**Ade Olumide** (*défendeur*)

**INDEXED AS: CANADA V. OLUMIDE**

**RÉPERTORIÉ : CANADA C. OLUMIDE**

Federal Court of Appeal, Stratas J.A.—Ottawa, March 2 and 6, 2017.

Cour d'appel fédérale, juge Stratas, J.C.A.—Ottawa, 2 et 6 mars 2017.

*Practice — Applications – Vexatious proceedings — Application for order declaring respondent vexatious litigant under Federal Courts Act, s. 40, related relief — Matter arising in different proceeding involving same parties, others — Respondent not filing any material on application; not attending court hearing — In past, respondent bringing other matters before Court — Very few applications, motion brought in Court under Act, s. 40; not much said about interpretation thereof — Main issues herein: proper interpretation of Act, s. 40; proceedings that must be taken to declare person vexatious litigant; whether present application should be allowed — Act, s. 40 important tool to be used in appropriate circumstances in timely way — Where litigant's behaviour likely to recur in multiple proceedings, where purposes of s. 40 implicated, Act, s. 40 remedies becoming live — Declaration that litigant vexatious not barring litigant's access to courts but only regulating it — Vexatiousness concept drawing meaning mainly from purposes of Act, s. 40 — Other courts previously declaring applicant vexatious litigant — In present circumstances, findings of other courts could be considered, could be given much weight — Respondent not offering any evidence in response to vexatious behaviour in other courts in past, in Federal Court of Appeal — Granting of present application strongly supported by purposes of Act, s. 40 — Application granted.*

*Pratique — Demandes – Instances vexatoires — Demande sollicitant une ordonnance déclarant que le défendeur est un plaideur quérulent, en vertu de l'art. 40 de la Loi sur les Cours fédérales, ainsi que la réparation connexe — L'affaire trouvait son origine dans une autre instance concernant les mêmes parties, parmi d'autres — Le défendeur n'a déposé aucun document dans le cadre de la demande, ni ne s'est présenté à l'audience — La Cour a été saisie d'autres affaires intéressant le défendeur par le passé — Très peu de demandes ou de requêtes fondées sur l'art. 40 de la Loi ont été présentées devant la Cour; la Cour a été avare de commentaires au sujet de l'interprétation de cette disposition — Dans la présente affaire, il s'agissait de déterminer principalement l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 40 de la Loi, l'instance visant à faire déclarer quelqu'un plaideur quérulent, et si la présente demande devrait être accueillie — L'art. 40 de la Loi est un outil important dont il faut se servir dans les circonstances appropriées et en temps voulu — Lorsqu'il est probable que le comportement répréhensible d'un plaideur se reproduise dans plusieurs instances et que l'objet de l'art. 40 de la Loi entre en jeu, les réparations prévues par cet article peuvent être demandées — Un jugement déclarant qu'un plaideur est quérulent n'a pas pour effet de lui barrer l'accès aux tribunaux; il l'assujettit plutôt à un contrôle — La conduite vexatoire est un concept qui tire principalement son sens de l'objet de l'art. 40 de la Loi — D'autres tribunaux ont déclaré le défendeur plaideur quérulent — Dans les circonstances, les conclusions de ces cours de justice pouvaient être prises en compte et se voir accorder beaucoup de poids — Le défendeur n'a produit aucun élément de preuve en réponse aux déclarations passées de conduite vexatoire d'autres tribunaux, dont la Cour d'appel fédérale — L'objet de l'art. 40 de la Loi appuyait fortement l'accueil de la demande en l'espèce — Demande accueillie.*

This was an application for an order declaring the respondent a vexatious litigant under section 40 of the *Federal Courts Act* and related relief. This matter arose in a different proceeding involving the same parties and others in which the applicants brought a motion for relief under section 40. In response to the motion, however, the respondent discontinued the proceeding but the Court later held that the motion for relief was not discontinued and could be converted to a stand-alone application for relief under section 40. The respondent did not file any material on the application and did not attend the court hearing. The application was heard and determined by a single justice designated by the Chief Justice.

There have been very few applications and motions brought in this Court under section 40 of the Act and, in those applications and motions, not much was said about the interpretation and application thereof. This resulted in creating some uncertainty.

The main issues herein were the proper interpretation of section 40 of the Act, the proceedings that must be taken to declare a person a vexatious litigant, and whether the application should be allowed.

*Held*, the application should be granted.

Section 40 is an important tool to be used in appropriate circumstances in a timely way. It reflects the fact that the Federal Courts are community property that exist to serve everyone, but those who misuse unrestricted access in a damaging way must be restrained. Section 40 exists alongside other express, implied or necessarily incidental powers the Federal Courts have to regulate litigants and their proceedings. Where a litigant's misbehaviour is likely to recur in multiple proceedings or actually recurs in later proceedings and where the purposes of section 40 are implicated by the nature or quality of the litigant's conduct, section 40 remedies become live. While section 40 has been characterized as being a drastic, last-resort option, a declaration that a litigant is vexatious does not bar the litigant's access to the courts but rather regulates it.

As to the meaning of "vexatious", vexatiousness is a concept that draws its meaning mainly from the purposes of section 40 of the Act. Where regulation of the litigant's continued access to the courts under section 40 is supported by the purposes of that section, relief should be granted.

Il s'agissait d'une demande sollicitant une ordonnance déclarant que le défendeur est un plaideur quérulent, en vertu de l'article 40 de la *Loi sur les Cours fédérales*, ainsi que la réparation connexe. La présente affaire trouvait son origine dans une autre instance concernant les parties en l'espèce, parmi d'autres, dans laquelle les demandeurs ont présenté une requête en vue d'obtenir la réparation prévue à l'article 40. Cependant, en réponse à la requête, le défendeur s'est désisté de l'instance. Par la suite, la Cour a jugé que la requête en réparation n'avait pas fait l'objet d'un désistement et qu'elle pouvait être convertie en une demande indépendante de réparation au titre de l'article 40. Le défendeur n'a déposé aucun document dans le cadre de la demande, ni ne s'est présenté à l'audience. La demande a été instruite et tranchée par un juge seul, désigné par le juge en chef.

Très peu de demandes ou de requêtes fondées sur l'article 40 de la Loi ont été présentées devant la Cour et, dans ces instances, la Cour a été avare de commentaires au sujet de l'interprétation et de l'application de cette disposition. Cela a engendré une incertitude.

Dans la présente affaire, il s'agissait de déterminer principalement l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 40, l'instance visant à faire déclarer quelqu'un plaideur quérulent, et si la présente demande devrait être accueillie.

*Arrêt* : la demande doit être accueillie.

L'article 40 est un outil important dont il faut se servir dans les circonstances appropriées et en temps voulu. Il traduit le fait que les Cours fédérales sont un bien collectif dont la mission est de servir tout un chacun, mais les personnes qui abusent de cet accès illimité d'une manière préjudiciable doivent être freinées. L'article 40 coexiste avec d'autres pouvoirs explicites, implicites ou nécessairement accessoires en vertu desquels les Cours fédérales peuvent réglementer les plaideurs et leurs instances. Lorsqu'il est probable que le comportement répréhensible d'un plaideur se reproduise dans plusieurs instances, ou qu'il se reproduit effectivement dans des instances ultérieures et que l'objet de l'article 40 entre en jeu du fait de la nature ou du caractère de la conduite du plaideur, les réparations prévues par cet article peuvent être demandées. Bien qu'on ait qualifié l'article 40 d'option draconienne de dernier ressort, un jugement déclarant qu'un plaideur est quérulent n'a pas pour effet de lui barrer l'accès aux tribunaux. Il l'assujettit plutôt à un contrôle.

Quant au sens de « vexatoire », la conduite vexatoire est un concept qui tire principalement son sens de l'objet de l'article 40 de la Loi. Lorsque la réglementation de l'accès continu du plaideur aux cours de justice au titre de l'article 40 est appuyée par l'objet de cet article, la réparation doit être accordée.

In this case, both the Federal Court and the Ontario Superior Court of Justice had previously declared the applicant to be a vexatious litigant. In these circumstances, the findings of these Courts could be considered and given much weight. Furthermore, the record showed vexatious behaviour on the part of the respondent in other courts that mirrored his behaviour in the Federal Court of Appeal. The respondent did not offer any evidence in response. The granting of this application was strongly supported by the purposes of section 40.

Dans la présente affaire, la Cour fédérale et la Cour supérieure de justice de l'Ontario avaient toutes deux déclaré le demandeur plaideur quérulent. Dans les circonstances, les conclusions de ces cours de justice pouvaient être prises en compte et se voir accorder beaucoup de poids. Par ailleurs, d'après le dossier, le défendeur avait eu devant d'autres tribunaux une conduite vexatoire similaire à celle qu'il a eue devant la Cour d'appel fédérale. Le défendeur n'a produit aucun élément de preuve en réponse. L'objet de l'article 40 appuyait fortement l'accueil de la demande en l'espèce.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 16, 40.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 369.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

#### CASES CITED

##### CONSIDERED:

*Olumide v. Canada*, 2016 FCA 287; *Canada v. Olympia Interiors Ltd.*, 2001 FCT 859, 209 F.T.R. 182, aff'd 2004 FCA 195, 323 N.R. 191; *Olumide v. Canada*, 2016 FC 1106; *Campbell v. Canada*, 2005 FCA 49, [2005] 2 C.T.C. 31; *Canada (Attorney General) v. Mishra*, [2000] F.C.J. No. 1734 (QL) (C.A.), 101 A.C.W.S. (3d) 72.

##### REFERRED TO:

*Coote v. Lawyers' Professional Indemnity Company (Lawpro)*, 2014 FCA 98, 459 N.R. 174; *Coote v. Lawyers' Professional Indemnity Company*, 2013 FCA 143; *Rock-St Laurent v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FCA 192, 434 N.R. 144; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Canada v. Long Plain First Nation*, 2015 FCA 177, 388 D.L.R. (4th) 209; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788; *R. v. Walker*, 2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *Hill v. Hamilton-Wentworth Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Olumide v. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, 2017 ONSC 1201 (CanLII); *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 16, 40.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 369.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Olumide c. Canada*, 2016 CAF 287; *Canada c. Olympia Interiors Ltd.*, 2001 CFPI 859, conf. par 2004 CAF 195, 323 N.R. 191; *Olumide c. Canada*, 2016 CF 1106; *Campbell c. Canada*, 2005 CAF 49; *Canada (Procureur général) c. Mishra*, [2000] A.C.F. n° 1734 (QL) (C.A.).

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Coote c. Lawyers' Professional Indemnity Company (Lawpro)*, 2014 CAF 98; *Coote c. Lawyers' Professional Indemnity Company*, 2013 CAF 143; *Rock-St Laurent c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CAF 192; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Canada c. Première nation de Long Plain*, 2015 CAF 177; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788; *R. c. Walker*, 2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Olumide v. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, 2017 ONSC 1201 (CanLII); *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87.

APPLICATION for an order declaring the respondent a vexatious litigant under section 40 of the *Federal Courts Act* and related relief. Application granted.

## APPEARANCES

*Daniel Caron* for applicants.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for applicants.

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

[1] STRATAS J.A.: The applicants apply for an order declaring the respondent a vexatious litigant under section 40 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 and related relief.

## A. Procedural history

[2] This matter originally arose in a different proceeding involving these parties and others (file A-201-16 [2016 FCA 287]). In that proceeding, the applicants brought a motion for relief under section 40. Relief under section 40 can be brought by way of motion: *Coote v. Lawyers' Professional Indemnity Company (Lawpro)*, 2014 FCA 98, 459 N.R. 174, at paragraph 12.

[3] However, in response to the motion, the respondent discontinued the proceeding. Soon afterward, this Court held that the motion for relief under section 40 was not discontinued and could be converted to a stand-alone application for relief under section 40, with the motion material converted to application material: *Olumide v. Canada*, 2016 FCA 287. This was done. This application (file A-431-16) has proceeded on an expedited basis in accordance with a court-ordered schedule. On the authority of *Coote v. Lawyers' Professional Indemnity Company*, 2013 FCA 143, other matters involving the

DEMANDE sollicitant une ordonnance déclarant que le défendeur est un plaideur quérulent, en vertu de l'article 40 de la *Loi sur les Cours fédérales*, ainsi que la réparation connexe. Demande accueillie.

## ONT COMPARU :

*Daniel Caron* pour les demandeurs.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

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

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

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Les demandeurs sollicitent une ordonnance déclarant que le défendeur est un plaideur quérulent, en vertu de l'article 40 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, ainsi que la réparation connexe.

## A. Historique procédural

[2] La présente affaire trouve son origine dans une autre instance concernant les parties en l'espèce, parmi d'autres (dossier A-201-16 [2016 CAF 287]); les demandeurs dans ce dossier avaient présenté une requête en vue d'obtenir la réparation prévue à l'article 40. Une instance fondée sur cette disposition peut être introduite par voie de requête : arrêt *Coote c. Lawyers' Professional Indemnity Company (Lawpro)*, 2014 CAF 98, au paragraphe 12.

[3] Cependant, en réponse à la requête, le défendeur s'est désisté de l'instance. Peu après, la Cour a jugé que la requête en réparation fondée sur l'article 40 n'avait pas fait l'objet d'un désistement et qu'elle pouvait être convertie en une demande indépendante de réparation au titre de la même disposition, les documents se rapportant à la requête devenant les documents relatifs à la demande : *Olumide c. Canada*, 2016 CAF 287. C'est ce qui s'est produit. La demande en l'espèce (dossier A-431-16) a été instruite de manière accélérée suivant le calendrier ordonné par la Cour. Conformément

respondent have been stayed pending this Court's determination of the application.

[4] The respondent has chosen not to file any material on the application.

B. The composition of the Court for this application

[5] This application is being heard and determined by a single justice designated by the Chief Justice. A single justice can determine an application under section 40. In the case of final determinations of applications for leave to appeal, applications for judicial review, appeals and references, the Court must be comprised of no less than three justices. This includes motions that result in final determinations. See *Federal Courts Act*, section 16; *Rock-St Laurent v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FCA 192, 434 N.R. 144.

[6] In the past, I have heard other matters involving the respondent. In one such matter (file 16-A-38), the respondent alleged that I was biased and should recuse myself. My order disposing of that matter contained certain recitals dealing with the respondent's allegation of bias:

**AND WHEREAS** in some of the materials filed with the Court, [the respondent] has made statements suggesting that Justice Stratas is predisposed against his position;

**AND WHEREAS**, in response, Justice Stratas considered whether he should recuse himself and determined that he should not for the following reasons:

The Chief Justice appointed me to deal with the latest motions in various proceedings brought by [the respondent] before the Court. I had no input into that decision. Having been appointed, I cannot recuse myself absent good legal cause.

The law is clear that good legal cause exists if I were biased in fact against [the respondent] or his case or

à l'arrêt *Coote c. Lawyers' Professional Indemnity Company*, 2013 CAF 143, les autres instances concernant le défendeur ont été suspendues en attendant que la Cour statue sur la demande.

[4] Le défendeur a choisi de ne déposer aucun document dans le cadre de la demande.

B. La composition de la Cour pour les besoins de l'instruction de la demande en l'espèce

[5] La demande en l'espèce est instruite et tranchée par un juge seul, désigné par le juge en chef. Un juge seul peut statuer sur une demande fondée sur l'article 40. Pour ce qui est des décisions définitives concernant les demandes d'autorisation d'appel, les demandes de contrôle judiciaire, les appels et les renvois, la Cour doit être constituée d'au moins trois juges. Cela comprend les requêtes donnant lieu à des décisions finales. Voir l'article 16 de la *Loi sur les Cours fédérales*, ainsi que l'arrêt *Rock-St Laurent c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CAF 192.

[6] J'ai déjà été saisi d'autres affaires intéressant le défendeur. Dans l'une d'elles (dossier 16-A-38), il alléguait que j'étais partial et que je devais me récuser. Certains des attendus de l'ordonnance que j'ai rendue dans ce dossier traitaient de cette allégation de partialité :

[TRADUCTION] **ET ATTENDU que**, dans certains des documents déposés auprès de la Cour, [le défendeur] a fait des déclarations laissant entendre que le juge Stratas est prédisposé à rejeter sa thèse;

**ET ATTENDU qu'**en réponse, le juge Stratas a examiné la question et a conclu qu'il ne devait pas se récuser pour les raisons suivantes :

Le juge en chef m'a nommé pour instruire les dernières requêtes intentées par [le défendeur] devant la Cour dans différentes instances. Je n'ai pas eu mon mot à dire dans cette décision. Ayant été nommé, je ne peux pas me récuser en l'absence d'un motif juridique valable.

Le droit est sans équivoque quant à l'existence d'un tel motif si je me suis montré effectivement partial à



were otherwise unable to decide the present matter fairly. Further, good legal cause exists if the legal test for apparent bias is made out. That test is whether a reasonable, fully-informed person, thinking the matter through, would conclude that it is more likely than not that I, whether consciously or unconsciously, would not decide the present appeal fairly: *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369 at page 394.

On the issue of actual bias or unfairness, I confirm that I have approached and will continue to approach the present matter and any future matters involving [the respondent] with an open mind, reading his submissions and materials with an open mind. I assure [the respondent] that I have never had any ill-will or other negative sentiment against him or any of his proceedings and that remains the case today.

On the issue of apparent bias, I find that the test is not made out. The reasonable, fully-informed person, thinking the matter through, would conclude that I am capable of deciding matters involving [the respondent] fairly and with an open mind.

**AND WHEREAS** [the respondent] has made adverse statements and complaints about this Court and the judges in it and if that were alone a sufficient basis for recusal, all his proceedings would remain in limbo, unable to be determined; the common law doctrine of necessity applies in this instance;

[7] In this application, I do not have an allegation of bias before me. However, I wish to repeat and rely on the recitals I made in my previous order, quoted above. I have approached this application with the open-mindedness, independence and impartiality a judge must have.

#### C. The hearing of the application

[8] As is its usual practice, this Court issued an order setting the time, place and duration of the hearing. It arranged for delivery of this order to the respondent.

l'égard [du défendeur] ou de ses arguments, si j'étais autrement incapable de trancher la présente affaire équitablement, ou si le critère juridique relatif à la partialité apparente est rempli. Ce critère consiste à se demander si une personne raisonnable et bien informée qui examinerait l'affaire attentivement conclurait qu'il était plus probable que le contraire que je ne tranche pas le présent appel équitablement, et ce de manière consciente ou pas : *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 394.

Au chapitre de l'injustice ou de la partialité réelle, je confirme que j'ai abordé et que je continuerai d'aborder la présente affaire et toute affaire future intéressant [le défendeur] avec l'esprit ouvert, et que je prends connaissance de ses observations et de ses documents dans le même esprit. J'aimerais rassurer [le défendeur] quant au fait que je n'ai jamais eu d'animosité ou d'autre sentiment négatif à son endroit ou à l'égard des instances qu'il a engagées, et que c'est toujours le cas aujourd'hui.

Au chapitre de la partialité apparente, j'estime que le critère n'est pas rempli. La personne raisonnable et bien informée qui examinerait attentivement l'affaire conclurait que je suis capable de statuer sur les instances auxquelles est partie [le défendeur] de manière équitable et avec un esprit ouvert.

**ET ATTENDU que** [le défendeur] a fait des déclarations hostiles et formulé des plaintes au sujet de la Cour et des juges qui la composent, et que si cela suffisait à justifier la récusation, toutes les instances qu'il a introduites resteraient en suspens et ne pourraient pas être tranchées, de sorte que la doctrine de nécessité issue de la common law s'applique au cas présent;

[7] En l'espèce, je ne suis visé par aucune allégation de partialité. Cependant, j'aimerais rappeler et invoquer les attendus de mon ordonnance précédente, reproduits ci-dessus. J'ai abordé la demande dont je suis saisi avec l'esprit ouvert ainsi qu'avec l'indépendance et l'impartialité dont les juges doivent faire preuve.

#### C. L'audition de la demande

[8] Conformément à sa pratique habituelle, la Cour a rendu une ordonnance fixant l'heure, le lieu et la durée de l'audience. Elle a veillé à ce que cette ordonnance soit signifiée au défendeur.

[9] At the time set for the hearing, the respondent was not present. The registrar opened the Court. The Court began by saying that its paramount concern at that moment was procedural fairness to the respondent. Just in case the respondent was late or lost in the building, the Court adjourned the hearing for a half hour. It asked the usher to search and call for the respondent on all floors in the building where there are courtrooms.

[10] During the adjournment, the respondent appeared in the courtroom set for the hearing and sat in the audience area. Just before the Court reopened, the respondent left. The registrar and usher advised the Court that the respondent knew that the application was going to be heard and that within moments the hearing was going to begin in this courtroom. When the Court reopened, counsel for the applicants, an officer of the Court, confirmed this.

[11] Satisfied that the requirements of procedural fairness were met, the Court invited the applicants to make submissions. The applicants offered only a few minutes of submissions. They also presented a supplementary book of authorities consisting of orders and directions that have been issued since they filed their motion material and an updated list of the proceedings the respondent has brought in the Federal Courts. As this material consists merely of information about proceedings in this Court—information of which the Court can take judicial notice—and otherwise uncontroversial information, the Court permitted its filing.

D. Section 40 of the *Federal Courts Act*, its proper interpretation, and proceedings to declare a person a vexatious litigant

[12] There have been very few applications and motions brought in this Court under section 40 of the *Federal Courts Act*. And in those applications and motions, this Court has not said much about the interpretation and application of section 40.

[9] À l'heure prévue pour l'audience, le défendeur était absent. Le greffier a ouvert la séance et la Cour a commencé en déclarant que sa préoccupation primordiale du moment était l'équité procédurale envers le défendeur. La Cour a ajourné l'audience pendant une demi-heure, dans l'éventualité où le défendeur était en retard ou qu'il s'était égaré dans l'édifice. Elle a demandé à l'huissier de le chercher et de le faire appeler sur tous les étages qui abritent des salles d'audience.

[10] Durant l'ajournement, le défendeur est arrivé dans la salle d'audience où devait se tenir l'audition et s'est assis dans la partie réservée au public. Il est parti juste avant que l'audience ne reprenne. Le greffier et l'huissier ont annoncé à la Cour que le défendeur savait que la demande allait être instruite et que l'audience allait débiter incessamment dans cette salle d'audience, ce qu'a confirmé l'avocat des demandeurs, un officier de la Cour, lorsque l'audience a repris.

[11] La Cour, convaincue que les exigences en matière d'équité procédurale avaient été respectées, a invité les demandeurs à soumettre des observations. Ces derniers ne se sont exprimés que pendant quelques minutes; ils ont aussi présenté un recueil supplémentaire de jurisprudence, composé d'ordonnances et de directives ayant été rendues depuis le dépôt des documents relatifs à leur requête, ainsi qu'une liste à jour des instances introduites par le défendeur devant les Cours fédérales. Comme ces documents ne contiennent que des renseignements sur des instances instruites par la Cour — renseignements dont cette dernière peut prendre connaissance d'office — et qui sont par ailleurs non contestés, la Cour a autorisé leur dépôt.

D. L'article 40 de la *Loi sur les Cours fédérales*, l'interprétation qu'il convient d'y donner et les instances visant à faire déclarer quelqu'un plaigneur vexatoire

[12] Très peu de demandes ou de requêtes fondées sur l'article 40 de la *Loi sur les Cours fédérales* ont été présentées devant la Cour. De plus, dans ces instances, la Cour a été avare de commentaires au sujet de l'interprétation et de l'application de cette disposition.

[13] In my view, this has created some uncertainty. This uncertainty has had the likely effect of inhibiting parties from seeking relief under section 40 and delaying until success seems assured. This is unfortunate. Section 40 is an important tool to be used in appropriate circumstances in a timely way.

[14] Section 40 provides as follows:

#### **Vexatious proceedings**

**40 (1)** If the Federal Court of Appeal or the Federal Court is satisfied, on application, that a person has persistently instituted vexatious proceedings or has conducted a proceeding in a vexatious manner, it may order that no further proceedings be instituted by the person in that court or that a proceeding previously instituted by the person in that court not be continued, except by leave of that court.

[15] Like all statutory provisions, section 40 must be interpreted in accordance with its text, context and purpose: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559. Further, we must give section 40 “such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects”: *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, section 12.

[16] Section 40 is similar to the vexatious litigant provisions that are found in the statutes governing courts in other jurisdictions. Thus, much of their case law assists. An excellent summary of some of it appears in *Canada v. Olympia Interiors Ltd.*, 2001 FCT 859, 209 F.T.R. 182, affd 2004 FCA 195, 323 N.R. 191. The Federal Court’s discussion in *Olumide v. Canada*, 2016 FC 1106 is also useful.

[17] Section 40 reflects the fact that the Federal Courts are community property that exists to serve everyone, not a private resource that can be commandeered in damaging ways to advance the interests of one.

[13] À mon avis, cela a engendré une incertitude qui a probablement eu pour effet de faire obstacle à la présentation de demandes en vue d’obtenir la réparation prévue à l’article 40 et d’inciter les parties à retarder cette présentation jusqu’à ce qu’elles soient assurées d’avoir gain de cause. C’est regrettable. L’article 40 est un outil important dont il faut se servir dans les circonstances appropriées et en temps voulu.

[14] L’article 40 prévoit ce qui suit :

#### **Poursuites vexatoires**

**40 (1)** La Cour d’appel fédérale ou la Cour fédérale, selon le cas, peut, si elle est convaincue par suite d’une requête qu’une personne a de façon persistante introduit des instances vexatoires devant elle ou y a agi de façon vexatoire au cours d’une instance, lui interdire d’engager d’autres instances devant elle ou de continuer devant elle une instance déjà engagée, sauf avec son autorisation.

[15] Comme toutes les dispositions législatives, l’article 40 doit être interprété au regard de son libellé, de son contexte et de son objet : arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559. Par ailleurs, l’article 40 doit « s’interprète[r] de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet » : *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, article 12.

[16] L’article 40 est analogue aux dispositions sur les plaideurs quérulents que l’on trouve dans les lois régissant les cours de justice dans d’autres administrations. La jurisprudence qui se rapporte à ces dispositions est donc utile. La décision *Canada c. Olympia Interiors Ltd.*, 2001 CFPI 859, conf. par 2004 CAF 195, contient un excellent sommaire d’une partie de cette jurisprudence. L’analyse effectuée par la Cour fédérale dans la décision *Olumide c. Canada*, 2016 CF 1106, est également utile.

[17] L’article 40 traduit le fait que les Cours fédérales sont un bien collectif dont la mission est de servir tout un chacun, et non une ressource privée qui peut être exploitée à tort pour promouvoir les intérêts d’une personne.

[18] As community property, courts allow unrestricted access by default: anyone with standing can start a proceeding. But those who misuse unrestricted access in a damaging way must be restrained. In this way, courts are no different from other community properties like public parks, libraries, community halls and museums.

[19] The Federal Courts have finite resources that cannot be squandered. Every moment devoted to a vexatious litigant is a moment unavailable to a deserving litigant. The unrestricted access to courts by those whose access should be restricted affects the access of others who need and deserve it. Inaction on the former damages the latter.

[20] This isn't just a zero-sum game where a single vexatious litigant injures a single innocent litigant. A single vexatious litigant gobbles up scarce judicial and registry resources, injuring tens or more innocent litigants. The injury shows itself in many ways: to name a few, a reduced ability on the part of the registry to assist well-intentioned but needy self-represented litigants, a reduced ability of the court to manage proceedings needing management, and delays for all litigants in getting hearings, directions, orders, judgments and reasons.

[21] On occasion, innocent parties, some of whom have few resources, find themselves on the receiving end of unmeritorious proceedings brought by a vexatious litigant. They may be hurt most of all. True, the proceedings most likely will be struck on a motion, but probably only after the vexatious litigant brings multiple motions within the motion and even other motions too. In the meantime, the innocent party might be dragged before other courts in new proceedings, with even more motions, and motions within motions, and maybe even more.

[18] Les cours de justice, à titre de bien collectif, ouvrent par défaut leurs portes à tous, sans restrictions : toute personne ayant qualité pour agir peut engager une instance. Mais les personnes qui abusent de cet accès illimité d'une manière préjudiciable doivent être freinées. Ainsi, les cours de justice ne sont pas différentes d'autres biens collectifs comme les parcs publics, les bibliothèques, les salles communautaires et les musées.

[19] Les Cours fédérales disposent de ressources limitées qui ne peuvent pas être dilapidées. Chaque moment consacré à un plaideur quérulent n'est pas consacré à un plaideur méritant. L'accès illimité aux tribunaux par ceux qui devraient se voir imposer des restrictions compromet l'accès d'autres personnes qui ont besoin de cet accès et qui le méritent. L'inaction à l'égard des premiers porte préjudice aux seconds.

[20] Ceci ne se résume pas simplement à un jeu à somme nulle où un seul plaideur quérulent porte préjudice à un seul plaideur innocent. Un seul plaideur quérulent engloutit les maigres ressources du tribunal et du greffe, et entraîne ainsi un préjudice à des dizaines de plaideurs innocents, voire même davantage. Le préjudice se traduit de nombreuses façons, notamment par la réduction de la capacité du greffe à assister les plaideurs bien intentionnés, mais non représentés et qui ont besoin d'aide, par la réduction de la capacité de la Cour à gérer les instances qui doivent être prises en charge, et par les retards que tous les plaideurs doivent subir avant d'obtenir des audiences, des directives, des ordonnances, des jugements et des motifs.

[21] Il arrive à l'occasion que des parties innocentes, dont certaines ont peu de ressources, soient visées par les instances sans fondement engagées par un plaideur quérulent. Ces parties pourraient bien être les plus affectées. Certes, les instances seront fort probablement radiées par voie de requête, mais peut-être seulement après que le plaideur quérulent eut présenté de multiples requêtes dans le cadre de cette requête et d'autres encore. Entre-temps, la partie innocente peut être traînée devant d'autres tribunaux dans le contexte d'autres instances, avec en prime toujours plus de requêtes, de requêtes dans les requêtes, et peut-être d'autres encore.

[22] Section 40 is aimed at litigants who bring one or more proceedings that, whether intended or not, further improper purposes, such as inflicting damage or wreaking retribution upon the parties or the Court. Section 40 is also aimed at ungovernable litigants: those who flout procedural rules, ignore orders and directions of the Court, and relitigate previously-decided proceedings and motions.

[23] Section 40 exists alongside other express, implied or necessarily incidental powers the Federal Courts have to regulate litigants and their proceedings. These are found in the *Federal Courts Act* and the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106. Other powers emanate from the Federal Courts' plenary jurisdiction to regulate their proceedings: *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385. All of these powers are specific to particular proceedings before the Courts.

[24] This sheds light on the role of section 40. Where a litigant's misbehaviour is specific to a particular proceeding and isolated in its harm and unlikely to be repeated, the usual powers to regulate litigants and their proceedings will suffice. But where a litigant's misbehaviour is likely to recur in multiple proceedings or actually recurs in later proceedings and where the purposes of section 40 are implicated by the nature or quality of the litigant's conduct, section 40 remedies become live.

[25] A litigant's misbehaviour in just a single proceeding can result in section 40 remedies. The express text of section 40 makes this clear: it provides that where a party "has conducted a [single] proceeding in a vexatious manner", the Court "may order that no further proceedings be instituted by the person in that court": *Campbell v. Canada*, 2005 FCA 49, [2005] 2 C.T.C. 31, at paragraph 19.

[22] L'article 40 vise les plaideurs qui introduisent une ou plusieurs instances par lesquelles ils poursuivent, intentionnellement ou non, des fins illégitimes, comme le fait de causer du tort aux parties ou à la Cour, ou d'exercer des représailles contre elles. Cette disposition vise également les plaideurs incontrôlables : ceux qui font fi des règles de procédure, qui font abstraction des ordonnances et des directives de la Cour et qui remettent en litige des questions ou des requêtes ayant déjà été tranchées.

[23] L'article 40 coexiste avec d'autres pouvoirs explicites, implicites ou nécessairement accessoires en vertu desquels les Cours fédérales peuvent régler les plaideurs et leurs instances. Ces pouvoirs se trouvent dans la *Loi sur les Cours fédérales* et dans les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106. D'autres pouvoirs émanent du pouvoir absolu des Cours fédérales de régler le déroulement de leurs instances : arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626. Tous ces pouvoirs se rapportent spécifiquement aux instances se déroulant devant les Cours.

[24] Voilà qui éclaircit le rôle de l'article 40. Lorsque le comportement répréhensible d'un plaideur se rapporte à une instance bien précise et que le préjudice que ce comportement cause est isolé et peu susceptible de se reproduire, les pouvoirs habituels dont dispose la Cour pour régler les plaideurs et leurs instances suffiront. Mais lorsqu'il est probable que ce comportement répréhensible se reproduise dans plusieurs instances, ou qu'il se reproduit effectivement dans des instances ultérieures et que l'objet de l'article 40 entre en jeu du fait de la nature ou du caractère de la conduite du plaideur, les réparations prévues par cet article peuvent être demandées.

[25] La mauvaise conduite du plaideur dans une seule instance peut donner lieu aux réparations prévues par l'article 40. Le libellé de cet article est clair : il prévoit que, lorsqu'une partie « a [...] introduit [une] [...] [instance] [vexatoire] », la Cour « peut [...] lui interdire d'engager d'autres instances devant elle » : arrêt *Campbell c. Canada*, 2005 CAF 49, au paragraphe 19.

[26] On occasion, some courts, including this Court, have characterized section 40 as being a drastic, last-resort option. It has been called a “most extraordinary” power that “must be exercised sparingly and with the greatest of care” because an individual is “entitled to access the courts”: *Olympia Interiors* (F.C.A.), above, at paragraph 6.

[27] But in characterizing section 40, care must be taken not to exaggerate it. A declaration that a litigant is vexatious does not bar the litigant’s access to the courts. Rather, it only regulates the litigant’s access to the courts: the litigant need only get leave before starting or continuing a proceeding.

[28] In 2000, our Court put this well:

.... An order under subsection 40(1) does not put an end to a legal claim or the right to pursue a legal claim. Subsection 40(1) applies only to litigants who have used unrestricted access to the courts in a manner that is vexatious (as that term is understood in law), and the only legal effect of any order under subsection 40(1) is to ensure that the claims of such litigants are pursued in an orderly fashion, under a greater degree of Court supervision than applies to other litigants.

(*Canada (Attorney General) v. Mishra*, [2000] F.C.J. No. 1734 (QL) (C.A.), 101 A.C.W.S. (3d) 72 [at paragraph 16].)

[29] Seen in this way, section 40 is not so drastic. A litigant can still access the courts by bringing a proceeding but only if the Court grants leave. Faced with a request for leave, the Court must act judicially and promptly, considering the legal standards, the evidence filed in support of the granting of leave, and the purposes of section 40. The Court could well grant leave to a vexatious litigant who has a *bona fide* reason to assert a claim that is not frivolous and vexatious within the meaning of the case law on pleadings.

[26] Certains tribunaux judiciaires, y compris la Cour, ont parfois qualifié l’article 40 d’option draconienne de dernier ressort. Certains parlent d’un pouvoir « très extraordinaire » qui « doit être exercé avec modération et avec la plus grande prudence », parce qu’une personne a « le droit d’avoir accès aux cours de justice » : arrêt *Olympia Interiors* (C.A.F.), précité, au paragraphe 6.

[27] Il faut toutefois faire attention de ne pas exagérer la portée de l’article 40. Un jugement déclarant qu’un plaideur est quérulent n’a pas pour effet de lui barrer l’accès aux tribunaux. Il l’assujettit plutôt à un contrôle : le plaideur en question doit seulement obtenir une autorisation avant d’engager ou de poursuivre une instance.

[28] La Cour l’a bien expliqué en 2000 :

[...] Une ordonnance fondée sur le paragraphe 40(1) ne met pas fin à une demande ou au droit de poursuivre une demande. Le paragraphe 40(1) s’applique uniquement aux plaideurs qui se sont prévalus d’un accès illimité aux tribunaux d’une façon vexatoire (au sens qu’a ce terme en droit); une ordonnance fondée sur le paragraphe 40(1) vise uniquement à assurer que les demandes présentées par pareils plaideurs soient poursuivies d’une façon ordonnée, sous une supervision plus étroite de la part de la Cour que dans le cas des autres plaideurs.

(arrêt *Canada (Procureur général) c. Mishra*, [2000] A.C.F. n° 1734 (QL) (C.A.) [au paragraphe 16].)

[29] De cette perspective, l’article 40 n’est pas si draconien. Le plaideur visé peut encore avoir accès aux cours de justice et y introduire une instance, à la condition que la cour de justice à laquelle il s’adresse lui en donne l’autorisation. La Cour, lorsque saisie d’une demande d’autorisation, doit agir impartialement et rapidement, en tenant compte des normes juridiques, de la preuve favorable à l’octroi de l’autorisation et de l’objet de l’article 40. La Cour peut très bien accorder cette autorisation à un plaideur quérulent qui a une bonne raison d’intenter une action ni futile ni vexatoire au sens de la jurisprudence relative aux actes de procédure.

[30] What is “vexatious” for the purposes of section 40?

[31] Vexatiousness is a concept that draws its meaning mainly from the purposes of section 40. Where regulation of the litigant’s continued access to the courts under section 40 is supported by the purposes of section 40, relief should be granted. Put another way, where continued unrestricted access of a litigant to the courts undermines the purposes of section 40, relief should be granted. In my view, all of this Court’s cases on section 40 are consistent with this principle.

[32] In defining “vexatious”, it is best not to be precise. Vexatiousness comes in all shapes and sizes. Sometimes it is the number of meritless proceedings and motions or the reassertion of proceedings and motions that have already been determined. Sometimes it is the litigant’s purpose, often revealed by the parties sued, the nature of the allegations against them and the language used. Sometimes it is the manner in which proceedings and motions are prosecuted, such as multiple, needless filings, prolix, incomprehensible or intemperate affidavits and submissions, and the harassment or victimization of opposing parties.

[33] Many vexatious litigants pursue unacceptable purposes and litigate to cause harm. But some are different: some have good intentions and mean no harm. Nevertheless, they too can be declared vexatious if they litigate in a way that implicates section 40’s purposes: see, e.g., *Olympia Interiors* (F.C. and F.C.A.), above.

[34] Some cases identify certain “hallmarks” of vexatious litigants or certain badges of vexatiousness: see, for example, *Olumide v. Canada*, 2016 FC 1106 [cited above], at paragraphs 9 and 10, where the Federal Court granted relief under section 40 against the respondent; and see paragraph 32 above. As long as the purposes of section 40 are kept front of mind and the hallmarks or badges are taken only as non-binding *indicia* of vexatiousness, they can be quite useful.

[30] Que signifie « vexatoire » pour les besoins de l’article 40?

[31] La conduite vexatoire est un concept qui tire principalement son sens de l’objet de l’article 40. Lorsque la réglementation de l’accès continu du plaideur aux cours de justice au titre de l’article 40 est appuyée par l’objet de cet article, la réparation doit être accordée. En d’autres mots, la réparation prévue doit être accordée lorsque l’accès continu et illimité d’un plaideur aux cours de justice sape l’objet de l’article 40. À mon avis, toutes les décisions rendues par la Cour relativement à l’article 40 sont conformes à ce principe.

[32] Pour définir le terme « vexatoire », il est préférable d’éviter la précision. La conduite vexatoire prend des formes et des aspects multiples. Elle tient parfois au nombre d’instances et de requêtes sans fondement ou à la remise en litige d’instances et de requêtes déjà tranchées. Elle tient parfois aux visées du plaideur, souvent révélées par les parties poursuivies, par la nature des allégations qui leur sont opposées et par le langage employé. D’autres fois, elle tient à la manière dont les instances et les requêtes sont engagées, par exemple, le dépôt d’affidavits et d’observations multiples, inutiles, prolixes, incompréhensibles ou immodérés, et le harcèlement ou la victimisation des parties adverses.

[33] De nombreux plaideurs quérulents ont des visées inacceptables et engagent des litiges pour causer un préjudice. Certains, par contre, ont de bonnes intentions et ne veulent faire de mal à personne. Ceux-là peuvent aussi néanmoins être qualifiés de quérulents s’ils engagent des litiges de telle sorte à mettre en jeu l’objet de l’article 40 : voir, à titre d’exemple, les décisions *Olympia Interiors* (C.F. et C.A.F.), précitées.

[34] Dans quelques décisions, les « caractéristiques » des plaideurs quérulents ou certains signes de la conduite vexatoire ont été relevés : voir, par exemple, la décision *Olumide c. Canada*, 2016 CF 1106 [précitée], aux paragraphes 9 et 10, dans laquelle la Cour fédérale a accordé la réparation visée à l’article 40 à l’encontre du défendeur, et voir le paragraphe 32 des présents motifs. Pour autant que nous gardions à l’esprit l’objet de l’article 40 et que les caractéristiques ou signes ne

[35] A word or two needs to be said about proving vexatiousness. Often the record offered in support of section 40 applications is laborious to assemble and voluminous to present. It needn't always be so.

[36] Again, the issue is whether the litigant should be subject to an additional level of regulation, not whether the litigant's access to court should be forever barred. This invites focused, well-chosen evidence, not an encyclopedia of every last detail about the litigant's litigation history. In some cases, the requirement of vexatiousness can be proven by an affidavit that provides only the most relevant information, court decisions that describe the litigant's intentions and conduct, and selected pleadings and documents that demonstrate vexatiousness.

[37] Some prosecuting these applications forget that other courts' findings of vexatiousness under similarly worded provisions can be imported into later applications against the same litigant and can be given much weight: *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77. The wheel needn't be reinvented.

[38] Even where other courts have declared the respondent to be a vexatious litigant, the applicant must file evidence of the respondent's vexatious behaviour in this Court bearing in mind the comments in paragraph 36, above. As a legal matter, the applicant bears the legal burden of proving vexatiousness on the balance of probabilities. But as a practical matter, due to the weight that can attach to other courts' findings, a respondent might have to offer highly credible evidence in order to resist the application.

soient pris que comme des indices non contraignants de la conduite vexatoire, ils peuvent nous être très utiles.

[35] Il faut dire quelques mots concernant la preuve de la conduite vexatoire. Le dossier à produire à l'appui des demandes fondées sur l'article 40 est souvent laborieux à constituer ainsi que volumineux. Il n'est pas nécessaire qu'il en soit toujours ainsi.

[36] Encore une fois, la question est de savoir si le plaideur doit être soumis à un degré supplémentaire de contrôle, et non pas de savoir s'il faut lui barrer pour toujours l'accès aux cours de justice. Cela demande une preuve ciblée, bien choisie, et non une description encyclopédique et exhaustive de l'historique du plaideur en matière de litige. Dans certains cas, la conduite vexatoire peut être prouvée par un affidavit qui n'expose que les renseignements les plus pertinents, les décisions judiciaires décrivant les intentions et la conduite du plaideur, ou certains actes de procédure et documents triés sur le volet qui démontrent la conduite vexatoire.

[37] Ceux qui présentent ces demandes oublient parfois que les conclusions tirées par d'autres cours de justice quant à la conduite vexatoire qui s'appuyaient sur des dispositions aux libellés semblables peuvent être invoquées dans des demandes ultérieures concernant le même plaideur et se voir accorder beaucoup de poids : arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77. Il n'est pas nécessaire de réinventer la roue.

[38] Même dans les cas où d'autres tribunaux ont déclaré le défendeur plaideur quérulent, le demandeur doit faire devant la Cour la preuve de sa conduite quérulente, en gardant à l'esprit les commentaires formulés au paragraphe 36 des présents motifs. D'un point de vue juridique, il incombe au demandeur de prouver la conduite vexatoire selon la prépondérance des probabilités. Mais sur le plan pratique, compte tenu du poids qui peut être accordé aux conclusions rendues par les autres tribunaux, le défendeur devra sûrement produire des éléments de preuve extrêmement crédibles pour faire obstacle à la demande.



[39] Finally, a few words about the reasons for judgment in vexatious litigant applications. In matters such as this, sometimes reasons for judgment describe litigants, their conduct, and their attitudes in lurid ways that might amuse the more sophomoric among us. Happily, I have never seen that approach taken in the Federal Courts. There, the reasons have been restrained and appropriate, clinical in tone and minimalist in approach. This is as it should be. Courts should treat all litigants—even vexatious ones—with dignity and respect. To the court, the litigant may deserve to be declared a vexatious litigant. But to others, the litigant may be an employee or volunteer, a friend or acquaintance, an aunt or uncle, a parent or child—and a good one too. No one deserves to be tarred and feathered and paraded through the town square, least of all by courts.

[40] Often little need be said in support of a finding of vexatiousness: see the summary of law on adequacy of reasons in *Canada v. Long Plain First Nation*, 2015 FCA 177, 388 D.L.R. (4th) 209, at paragraph 143, citing *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. Dinardo*, 2008 SCC 24, [2008] 1 S.C.R. 788; *R. v. Walker*, 2008 SCC 34, [2008] 2 S.C.R. 245; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *Hill v. Hamilton-Wentworth Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129. In assessing adequacy, appellate courts review the reasons offered against the record and the submissions made: *R.E.M.*, at paragraphs 35 and 55. If the record contains detail, the reasons need only summarize or say a few things. Frequently in cases such as these, less is more.

E. This case

[41] Through her delegated authority, the Attorney General of Canada has consented to this application, as

[39] Enfin, j’ajouterais quelques mots sur les motifs de jugement se rapportant aux demandes visant à faire déclarer un plaideur quérulent. Dans les affaires comme celle en l’espèce, il arrive parfois que les motifs de jugement décrivent les plaideurs, leur conduite et leur attitude d’une manière colorée qui pourrait amuser les plus puérils d’entre nous. Heureusement, je n’ai jamais constaté l’adoption d’une telle démarche au sein des Cours fédérales. Les motifs prononcés par les juges des Cours fédérales sont empreints de retenue et appropriés, le ton est détaché et la démarche est minimaliste. C’est ainsi que les choses doivent se faire. Les tribunaux judiciaires doivent traiter tous les plaideurs — même les plaideurs quérulents — avec dignité et respect. Pour la cour, l’intéressé peut mériter d’être déclaré plaideur quérulent. Mais pour d’autres, il peut être un employé ou un bénévole, un ami ou une connaissance, une tante ou un oncle, un parent ou un enfant — et respectable par-dessus le marché. Personne ne mérite d’être passé au goudron et aux plumes pour ensuite être exhibé sur la place publique, surtout pas par les cours de justice.

[40] Il est souvent inutile de motiver longuement une conclusion quant au caractère vexatoire : voir le résumé du droit concernant le caractère suffisant des motifs dans l’arrêt *Canada c. Première Nation de Long Plain*, 2015 CAF 177, au paragraphe 143, citant l’arrêt *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; l’arrêt *R. c. Dinardo*, 2008 CSC 24, [2008] 1 R.C.S. 788; l’arrêt *R. c. Walker*, 2008 CSC 34, [2008] 2 R.C.S. 245; l’arrêt *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; et l’arrêt *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129. Au moment d’évaluer le caractère suffisant des motifs, les cours d’appel examinent les motifs produits à la lumière du dossier et des observations soumise : arrêt *R.E.M.*, aux paragraphes 35 et 55. Si le dossier est détaillé, il suffit que les motifs en fassent un résumé ou en disent quelques mots. Dans de tels cas, le moins vaut souvent le plus.

E. La présente affaire

[41] En vertu du pouvoir qui lui est conféré, la procureure générale du Canada a consenti à la présente

is required by subsection 40(2) of the *Federal Courts Act*.

[42] On the merits of the application, the starting point is that both the Federal Court and the Ontario Superior Court of Justice have declared the applicant to be a vexatious litigant: *Olumide v. Canada*, 2016 FC 1106 [cited above]; order of the Ontario Superior Court of Justice, dated October 17, 2016. In these circumstances, the findings of these Courts can be considered and can be given much weight: *C.U.P.E.*, above. Further, the record shows vexatious behaviour on the part of the respondent in other courts that mirrors his behaviour in this Court: see, most recently, the summary of conduct in *Olumide v. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, 2017 ONSC 1201 (CanLII). In response, the respondent has not offered any evidence.

[43] The granting of this application is strongly supported by the purposes of section 40. In roughly three years, the respondent has brought at least 47 matters in various courts. In this Court, he has brought 18, most of which have been dismissed summarily. As for those not dismissed, the pleadings, motions and affidavits contain many scandalous and irrelevant allegations and it is not possible to see any merit in them. The respondent flouts directions and orders of this Court.

#### F. Postscript

[44] In the Federal Courts system, the applicants in this case are often respondents to proceedings. In some of them, they face litigants who exhibit vexatiousness. Too often though, the applicants do not start vexatious litigant applications for months, if not years, even many years. In the meantime, much damage to many is done.

[45] To reiterate, section 40 aims in part to further access to justice by those seeking the resources of the Court in a proper way. All participants in litigation—courts,

demande, comme l'exige le paragraphe 40(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[42] Quant à la demande sur le fond, la situation de départ est que la Cour fédérale et la Cour supérieure de justice de l'Ontario ont déclaré le demandeur plaideur quérulent : décision *Olumide c. Canada*, 2016 CF 1106 [précitée]; ordonnance de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, datée du 17 octobre 2016. Dans les circonstances, les conclusions de ces cours de justice peuvent être prises en compte et se voir accorder beaucoup de poids : arrêt *S.C.F.P.*, précité. Par ailleurs, d'après le dossier, le défendeur avait eu devant d'autres tribunaux une conduite vexatoire similaire à celle qu'il a eue devant la Cour : voir le résumé de sa conduite dans la décision *Olumide v. Her Majesty the Queen in Right of Ontario*, 2017 ONSC 1201 (CanLII), une décision rendue tout récemment. Le défendeur n'a produit aucun élément de preuve en réponse.

[43] L'objet de l'article 40 appuie fortement l'accueil de la demande en l'espèce. En près de trois ans, le défendeur a porté au moins 47 affaires devant divers tribunaux. Il en a porté 18 devant la Cour, dont la plupart ont été rejetées de façon sommaire. Quant à celles qui ne l'ont pas été, les actes de procédures, requêtes et affidavits contenaient de nombreuses allégations scandaleuses et sans pertinence dont il était impossible de dégager le moindre fondement. Le défendeur bafoue les directives et les ordonnances de la Cour.

#### F. Post-scriptum

[44] Dans le système des Cours fédérales, les demandeurs en l'espèce agissent souvent comme défendeurs dans les instances. Dans certaines de ces instances, ils sont opposés à des plaideurs qui se montrent quérulents. Mais il arrive trop souvent qu'ils attendent des mois, sinon des années, voire même de nombreuses années, pour intenter des demandes visant à faire déclarer ces plaideurs quérulents. Entre-temps, un grand nombre de personnes auront subi un préjudice.

[45] Il convient de répéter que l'article 40 vise notamment à favoriser l'accès à la justice pour ceux qui veulent dûment se prévaloir des ressources de la Cour. Tous les

parties, rule-makers and governments—must have a pro-access attitude and act upon it: *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87. And as community property, courts deserve to be protected for the benefit of all.

[46] Uncertainty in the jurisprudence might have excused the applicants' delays in the past. Now the uncertainty is gone.

[47] None of these observations are directed at counsel for the applicants who, once the motion for relief under section 40 was brought, prosecuted this matter efficiently and professionally.

#### G. Disposition

[48] The application is granted. The respondent shall be declared a vexatious litigant. He shall not institute new proceedings, whether acting for himself or having his interests represented by another individual in this Court, except by leave of this Court. All proceedings instituted by the respondent in this Court and currently before this Court shall be stayed. The stay shall not be lifted and the proceedings shall not continue unless leave is granted by this Court. The Registry shall neither accept nor file any document of any kind from the respondent unless it is a fully-compliant motion record filed under rule 369 [of the *Federal Courts Rules*] seeking leave to institute and/or continue proceedings in this Court. The Registry shall file a copy of the Court's judgment and these reasons in all affected files and shall send a copy of same to the parties in those files.

[49] The applicants request \$2 240 in costs for this motion. This is more than reasonable. A judgment shall issue in accordance with the preceding paragraph, with costs to the applicants in the amount of \$2 240.

participants aux litiges — les tribunaux, les parties, les décideurs et les gouvernements — doivent avoir une attitude qui favorise l'accès et agir en conséquence : arrêt *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87. À titre de bien collectif, les cours de justice doivent être protégées, et ce, pour le bien de tous.

[46] L'incertitude de la jurisprudence pourrait avoir excusé les retards des demandeurs dans le passé. Cette incertitude n'existe plus.

[47] Aucune de ces observations ne vise l'avocat des demandeurs, qui, après que la requête en vue d'obtenir la réparation prévue à l'article 40 eut été déposée, a donné suite à la présente affaire de manière efficace et professionnelle.

#### G. Décision

[48] La demande est accueillie. Le défendeur sera déclaré plaideur quérulent. Il ne pourra introduire de nouvelles instances, qu'il agisse en son propre nom ou que ses intérêts soient représentés par quelqu'un d'autre devant la Cour, sans autorisation de la Cour. Toutes les instances introduites par le défendeur devant la Cour et dont elle est actuellement saisie sont suspendues. La suspension ne sera levée et les instances ne se poursuivront qu'avec l'autorisation de la Cour. Le greffe n'acceptera ni ne déposera aucun document provenant du défendeur, à moins qu'il ne s'agisse d'un dossier de requête en bonne et due forme déposé en vertu de la règle 369 des Règles [des Cours fédérales] et par lequel il sollicite l'autorisation d'engager et/ou de poursuivre des instances devant la Cour. Le greffe déposera une copie du jugement de la Cour et des présents motifs dans tous les dossiers touchés et en enverra une copie aux parties à ces dossiers.

[49] Les demandeurs réclament 2 240 \$ à titre de dépens pour la requête en l'espèce. Ce montant est plus que raisonnable. Un jugement sera rendu conformément au paragraphe précédent et 2 240 \$ seront accordés aux demandeurs à titre de dépens.

2017 FCA 157  
A-478-14

A-313-12

A-479-14

2017 CAF 157  
A-478-14

A-313-12

A-479-14

**Mohamed Zeki Mahjoub** (*Appellant*)

v.

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

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

Federal Court of Appeal, Stratas, Boivin and Woods J.J.A.—Toronto and Ottawa, December 7, 8 and 13, 2016; Ottawa July 19, 2017.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Security Certificate — Appeals from Federal Court decisions upholding reasonableness of security certificate stating appellant not admissible due to security grounds, refusing to grant appellant's request proceedings be stayed on account of abuse of process — Investigation leading to issuance of security certificate against appellant, Egyptian national — Federal Court determining that certificate reasonable — Finding reasonable grounds to believe that two inadmissibility grounds present, i.e. Immigration and Refugee Protection Act (Act), ss. 34(1)(d),(f) — Appellant submitting that certificate not reasonable — In particular, submitting, inter alia, that Federal Court applying too broad a definition of "membership" for purposes of Act, s. 34(1)(f), that there must be evidence of "intention to participate or contribute" to an organization — Whether Act, ss. 33, 34 and Division 9, as well as An Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act, ss. 4, 6, 7(3) breaching Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 by denying appellant's right to fair hearing — Formal membership in terrorist organization not required — Certain activities that materially support terrorist group's objectives can be evidence of membership — Act, s. 34(1)(f) not specifying mental element that must be satisfied for membership — Merely setting out status of membership — Appellant's lack of credibility one of many elements underscoring reasonableness of certificate — Open to Federal Court to find that intercepted conversation containing*

**Mohamed Zeki Mahjoub** (*appellant*)

c.

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

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

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Boivin et Woods, J.C.A.—Toronto et Ottawa, 7, 8 et 13 décembre 2016; Ottawa, 19 juillet 2017.

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Certificat de sécurité — Appels de décisions dans lesquelles la Cour fédérale a maintenu le caractère raisonnable du certificat de sécurité déclarant l'appellant interdit de territoire pour des raisons de sécurité et refusé de faire droit à la demande de l'appellant de suspendre l'instance pour abus de procédure — Une enquête a mené à la délivrance d'un certificat de sécurité contre l'appellant, un ressortissant égyptien — La Cour fédérale a conclu que le certificat était raisonnable — Elle a conclu qu'il existait des motifs raisonnables de croire que deux motifs d'interdiction de territoire étaient présents, à savoir les art. 34(1)d) et f) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la Loi) — L'appellant a fait valoir que le certificat n'était pas raisonnable — Plus particulièrement, il a soutenu notamment que la Cour fédérale a appliqué une trop vaste définition du terme « membre » aux fins de l'art. 34(1)f) de la Loi, qu'il doit exister des éléments de preuve d'une « intention de participer ou de contribuer » à une organisation — Il s'agissait principalement de déterminer si les art. 33 et 34 et la section 9 de la Loi ainsi que les art. 4, 6 et 7(3) de la Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence contreviennent à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés en refusant à l'appellant le droit à une audience équitable — Le titre de membre officiel d'une organisation terroriste n'est pas requis — Certaines activités qui appuient de façon importante les objectifs d'un groupe terroriste peuvent constituer une*

*admission of membership — Membership in one terrorist organization enough to uphold reasonableness of certificate — Standard for assessing security certificate “reasonable grounds to believe” that security grounds for inadmissibility present — Federal Court’s conclusions impeccably sourced, well-supported by admissible, considerable evidence — No basis for intervening with Federal Court’s decision on issue of appellant’s constitutional challenge — Question certified by Federal Court proper, not foreclosed by Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat — While Act, s. 77 not giving respondent ministers untrammelled discretion, not necessary for ministers to have reviewed all information to satisfy themselves certificate reasonable before signing it — Otherwise, subsequent review of its reasonableness by Federal Court would be somewhat redundant — No necessary relationship between information disclosed under Act, s. 77(2), information needed by ministers before considering whether to sign certificate — Ministers’ opinion having to be sufficiently well founded through cogent, credible evidence — This threshold met herein — Appellant not entitled to bring judicial review against issuance of certificate — Automatic referral of certificate to Federal Court for assessment of its reasonableness ousting judicial review, taking its place — Canadian Security Intelligence Service not owing duty of candour to ministers — Reasonableness of security certificate confirmed by evidence — Legislative regime concerning security certificates constitutional — Security certificate proceedings fundamentally fair — Proceedings properly running their course to final decision on merits — As result, security certificate herein continuing to be conclusive proof that appellant inadmissible, continuing to be removal order — Appeals dismissed.*

*Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Federal Court upholding reasonableness of security certificate stating that appellant not admissible due to security grounds, refusing to grant appellant’s request that proceedings be stayed on account of abuse of process — Appellant submitting, inter alia, that Federal Court erring in identifying legal standard for reasonableness — Federal Court properly*

*preuve d’appartenance — L’art. 34(1)f) de la Loi ne précise pas un élément mental qui doit être satisfait pour être membre — Il ne fait qu’exposer le statut de membre — Le manque de crédibilité de l’appelant était l’un des nombreux éléments soulignant le caractère raisonnable du certificat — Il était loisible à la Cour fédérale de conclure que la conversation interceptée comportait une admission d’appartenance — L’appartenance à une organisation terroriste suffit pour maintenir le caractère raisonnable du certificat — La norme d’appréciation du certificat de sécurité est celle d’avoir des « motifs raisonnables de croire » que les motifs liés à la sécurité concernant l’interdiction de territoire sont présents — Les sources des conclusions de la Cour fédérale étaient parfaitement établies et les conclusions étaient bien étayées par des éléments de preuve admissibles souvent très nombreux — Il n’y avait aucune raison d’intervenir dans la décision de la Cour fédérale sur la question de la contestation constitutionnelle de l’appelant — La question certifiée par la Cour fédérale était appropriée et elle n’était pas supplantée par l’arrêt Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat — L’art. 77 ne donne pas aux ministres intimés un pouvoir discrétionnaire absolu, mais il n’est pas nécessaire pour les ministres d’examiner la totalité des renseignements et d’être convaincus qu’un certificat est raisonnable avant de le signer — Si telle était la norme, l’appréciation subséquente par la Cour fédérale du caractère raisonnable du certificat de sécurité serait en quelque sorte redondante — Il n’existe aucun lien nécessaire entre les renseignements divulgués en vertu de l’art. 77(2) de la Loi et les renseignements dont les ministres doivent disposer au moment de décider s’ils signent un certificat — L’opinion des ministres doit être suffisamment bien fondée sur des éléments de preuve convaincants et crédibles — En l’espèce, ce critère minimum a été satisfait — L’appelant n’avait pas droit à un contrôle judiciaire à l’encontre de la délivrance du certificat — À sa place, il y a un renvoi automatique du certificat à la Cour fédérale pour une évaluation de son caractère raisonnable qui fait échec au contrôle judiciaire — Le Service canadien du renseignement de sécurité n’a pas d’obligation de franchise aux ministres — Le caractère raisonnable du certificat de sécurité a été confirmé par la preuve — Le régime législatif concernant les certificats de sécurité est constitutionnel — L’instance concernant le certificat de sécurité était fondamentalement juste — Elle a suivi son cours jusqu’à la décision finale statuant sur le fond — En conséquence, le certificat de sécurité a continué d’être une preuve concluante que l’appelant est interdit de territoire, et a continué d’être une mesure de renvoi — Appels rejetés.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — La Cour fédérale a maintenu le caractère raisonnable du certificat de sécurité déclarant l’appelant interdit de territoire pour des raisons de sécurité et refusé de faire droit à la demande de l’appelant de suspendre l’instance pour abus de procédure — L’appelant a soutenu notamment que la Cour fédérale a commis une erreur en déterminant la norme*

*identifying standard to be applied in determining reasonableness of certificate — Federal Court's fact-finding, factually suffused application of legal standards to the facts herein could only be reviewed for palpable, overriding error — "Palpable" meaning obvious error — "Overriding" meaning error affecting outcome of case — Not mentioning evidence in reasons not necessarily palpable, overriding error.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Federal Court upholding reasonableness of security certificate stating appellant not admissible due to security grounds, refusing to grant appellant's request proceedings be stayed on account of abuse of process — Power under Canadian Security Intelligence Service Act (CSIS Act), s. 12 not untrammelled — S. 12 neither vague nor overbroad, limited by CSIS Act, s. 2 — Federal Court not erring in assessing constitutionality of s. 12, related warrant provisions — CSIS Act, ss. 21–24 not invalid — Intelligence-sharing scheme under CSIS Act, s. 17, subject to safeguards, oversight — Not resulting, in principle or on facts of case, in unreasonable searches in violation of Charter — No authority supporting proposition that state authorities cannot speak to appellant — Finding by Federal Court that appellant's rights respected in interviews not vitiated by palpable, overriding error.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Unreasonable Search or Seizure — Federal Court upholding reasonableness of security certificate stating appellant not admissible due to security grounds, refusing to grant appellant's request proceedings be stayed on account of abuse of process — Appellant challenging constitutionality of Canadian Security Intelligence Service Act (CSIS Act) — Power under CSIS Act, s. 12 not untrammelled — S. 12 neither vague nor overbroad, limited by CSIS Act, s. 2 — Federal Court not erring in assessing constitutionality of s. 12 — To extent CSIS Act, ss. 21–24 improperly used, question to be resolved whether warrant issued valid — Provisions themselves not invalid — Intelligence-sharing scheme under CSIS Act, s. 17 not resulting, in principle or on facts of case, in unreasonable searches in violation of Charter — Solicitor-client communications interceptions inevitable, conducted in good faith — No evidence suggesting such intercepted information used.*

*juridique requise eu égard au caractère raisonnable — La Cour fédérale a correctement déterminé la norme à appliquer pour décider du caractère raisonnable du certificat — La recherche de faits de la Cour fédérale et son application axée sur les faits des normes juridiques aux faits ne pouvaient être assujetties qu'à la norme de l'erreur manifeste et dominante — Par erreur « manifeste », on entend une erreur évidente — Par erreur « dominante », on entend une erreur qui a une incidence déterminante sur l'issue de l'affaire — Une non-mention des éléments de preuve dans les motifs ne mène pas nécessairement à une conclusion d'erreur manifeste et dominante.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — La Cour fédérale a maintenu le caractère raisonnable du certificat de sécurité déclarant l'appellant interdit de territoire pour des raisons de sécurité et refusé de faire droit à la demande de l'appellant de suspendre l'instance pour abus de procédure — Le pouvoir prévu à l'art. 12 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Loi sur le SCRS) n'est pas absolu — L'art. 12 n'est ni imprécis ni trop large dans sa portée, et il est limité par l'art. 2 de la Loi sur le SCRS — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en appréciant la constitutionnalité de l'art. 12 et des dispositions connexes sur les mandats — Les art. 21 à 24 de la Loi sur le SCRS ne sont pas invalides — Le régime d'échange de renseignements en vertu de l'art. 17 de la Loi sur le SCRS est assujéti à des mesures de protection et à une surveillance — Il n'a pas donné lieu en principe ou dans les faits de l'espèce à des fouilles abusives en violation de la Charte — Aucun pouvoir n'étaye la proposition selon laquelle les autorités gouvernementales ne peuvent pas parler à l'appellant — La conclusion de la Cour fédérale selon laquelle les droits de l'appellant ont été respectés lors des entrevues n'était pas viciée par une erreur manifeste et dominante.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — La Cour fédérale a maintenu le caractère raisonnable du certificat de sécurité déclarant l'appellant interdit de territoire pour des raisons de sécurité et refusé de faire droit à la demande de l'appellant de suspendre l'instance pour abus de procédure — L'appellant a contesté la constitutionnalité de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Loi sur le SCRS) — Le pouvoir prévu à l'art. 12 de la Loi sur le SCRS n'est pas absolu — L'art. 12 n'est ni imprécis ni trop large dans sa portée, et il est limité par l'art. 2 de la Loi sur le SCRS — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en appréciant la constitutionnalité de l'art. 12 — Dans la mesure où les art. 21 à 24 de la Loi sur le SCRS ont été utilisés de façon irrégulière, il s'agit d'une question concernant la validité du mandat délivré — Les articles eux-mêmes ne sont pas invalides — Le régime d'échange de renseignements en vertu de l'art. 17 de la Loi sur le SCRS ne donne pas lieu en principe ou dans les faits de l'espèce à des fouilles abusives en violation de la Charte*

*Practice — Stay of proceedings — Federal Court upholding reasonableness of security certificate stating appellant not admissible due to security grounds, refusing to grant appellant's request proceedings be stayed on account of abuse of process — No basis in law or in fact herein for award of permanent stay of proceedings — Such a stay warranted only in "clearest of cases" — Balance between permanent stay of proceedings, societal needs required — Stay warranted only where former disproportional to latter — Outcome of balancing having to show that public, individual interest in permanent stay of proceedings disproportionately greater than public interest in decision on merits — Federal Court applying test more favourable to appellant than warranted in law — Still finding security certificate proceedings should not be stayed permanently — Appellant not succeeding in demonstrating palpable, overriding error in Federal Court's finding that stay of proceeding not warranted.*

*Evidence — Federal Court upholding reasonableness of security certificate stating appellant not admissible due to security grounds, refusing to grant appellant's request that proceedings be stayed on account of abuse of process — No error of law or palpable, overriding error in Federal Court's consideration of evidence under Immigration and Refugee Protection Act, s. 83(1)(h) — Federal Court appropriately cautious in assessing evidence herein — Traditional rules of evidence not to be disregarded in their entirety under s. 83(1)(h) — Federal Court bound by standards of reliability, fairness — Test used by Federal Court for unsourced evidence under Act, s. 83(1.1) correct, respecting principles of reliable evidence — Regarding use of information derived from torture or cruel, inhuman, degrading treatment, approach applied by Federal Court consistent with case law, operative provisions.*

These were appeals from decisions of the Federal Court upholding the reasonableness of a security certificate stating that the appellant is not admissible in Canada due to security

*— Les interceptions de communications entre l'avocat et son client étaient inévitables et ont été réalisées de bonne foi — Il n'existait aucun élément de preuve qui laisse entendre que les renseignements interceptés ont été utilisés.*

*Pratique — Suspension d'instance — La Cour fédérale a maintenu le caractère raisonnable du certificat de sécurité déclarant l'appellant interdit de territoire pour des raisons de sécurité et refusé de faire droit à la demande de l'appellant de suspendre l'instance pour abus de procédure — Il n'existait aucun fondement en droit ou dans les faits pour accorder un arrêt permanent des procédures — Un tel arrêt est justifié uniquement dans les « cas les plus manifestes » — Il doit y avoir une mise en balance de l'arrêt permanent des procédures et des besoins de la société — L'arrêt des procédures est justifié uniquement lorsque le premier est disproportionné par rapport aux deuxièmes — L'issue de la mise en balance doit montrer que l'intérêt public et l'intérêt individuel dans un arrêt permanent des procédures est plus grand de façon disproportionnée que l'intérêt public dans une décision sur le fond — La Cour fédérale a appliqué un critère qui était plus favorable à l'appellant que ne le justifiait le droit — Elle a quand même conclu que l'instance concernant le certificat de sécurité ne devrait pas être suspendue de façon permanente — L'appellant n'a pas réussi à établir que la Cour fédérale avait commis une erreur manifeste et dominante lorsqu'elle a dit que l'arrêt des procédures n'était pas justifié.*

*Preuve — La Cour fédérale a maintenu le caractère raisonnable du certificat de sécurité déclarant l'appellant interdit de territoire pour des raisons de sécurité et refusé de faire droit à la demande de l'appellant de suspendre l'instance pour abus de procédure — Il n'y a eu aucune erreur de droit ou erreur manifeste et dominante dans l'examen qu'a fait la Cour fédérale des éléments de preuve en vertu de l'art. 83(1)(h) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — La Cour fédérale a fait preuve de prudence dans l'évaluation des éléments de preuve dans la présente affaire — Les règles de preuve classiques ne doivent pas être écartées dans leur intégralité en vertu de l'art. 83(1)(h) — La Cour fédérale est liée par le critère des éléments dignes de foi et de l'équité — Le critère utilisé par la Cour fédérale concernant les éléments de preuve de source inconnue en vertu de l'art. 83(1.1) de la Loi était correct et respectait les principes de ce qui constitue des éléments de preuve dignes de foi — En ce qui concerne l'utilisation de renseignements obtenus par la torture ou des traitements cruels, inhumains et dégradants, l'approche adoptée par la Cour fédérale était conforme à la jurisprudence et au texte des dispositions opérantes.*

Il s'agissait d'appels de décisions dans lesquelles la Cour fédérale a maintenu le caractère raisonnable du certificat de sécurité déclarant l'appellant interdit de territoire pour des

grounds, and refusing to grant the appellant's request that the proceedings be stayed on account of abuse of process.

The appellant is an Egyptian national who was granted refugee status in 1995. An investigation led to the issuance of a first security certificate against him in 2000. While deportation proceedings were underway, the Supreme Court of Canada held that the security certificate provisions violated sections 7, 9 and paragraph 10(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As a result, Parliament amended the invalid security certificate provisions in *An Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act*. The respondents then issued a new security certificate, which was determined to be reasonable by the Federal Court and was the subject of the appeals herein. The Federal Court found that there were reasonable grounds to believe that two inadmissibility grounds were present: paragraph 34(1)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act) (being a danger to the security of Canada) and paragraph 34(1)(f) of the Act (being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in espionage, subversion by force of a government or terrorism). Three of the appellant's notices of appeal were permitted to be filed: the Federal Court's decision on the loss of legal professional and litigation privilege arising from the commingling of documents (2012 FC 669), the Federal Court's judgment upholding the reasonableness of the certificate (2013 FC 1092), and the Federal Court's refusal to grant the appellant's request that the proceedings be stayed on account of abuse of process (2013 FC 1095).

The appellant submitted that the security certificate is not reasonable, that the Federal Court erred in identifying the legal standard for reasonableness, and that the certificate is unreasonable on the evidence. In particular, the appellant submitted, *inter alia*, that the Federal Court applied too broad a definition of "membership" for the purposes of paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act* and that there must be some evidence of an "intention to participate or contribute" to an organization.

The main issue was whether sections 33, 34 and Division 9 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, as well as sections 4, 6 and subsection 7(3) of *An Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act* breach section 7 of the Charter by denying the named person (i.e. the appellant) the right to a fair hearing. But the issues to be considered on appeal were not limited to those in the certified question. All issues raised by the

raisons de sécurité et refusé de faire droit à la demande de l'appelant de suspendre l'instance pour abus de procédure.

L'appelant est un ressortissant égyptien qui a obtenu le statut de réfugié en 1995. Une enquête a mené à la délivrance d'un premier certificat de sécurité contre lui en 2000. Pendant les procédures d'expulsion, la Cour suprême du Canada a conclu que les dispositions sur le certificat de sécurité violaient les articles 7 et 9 de même que l'alinéa 10c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En conséquence, le législateur a modifié les dispositions invalides du certificat de sécurité dans la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*. Les intimés ont ensuite délivré un nouveau certificat de sécurité. Il s'agit de celui que la Cour fédérale a jugé raisonnable et dont la Cour était saisie dans la présente affaire. La Cour fédérale a conclu qu'il existait des motifs raisonnables de croire que deux motifs d'interdiction de territoire étaient présents : l'alinéa 34(1)d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (Loi) (constituer un danger pour la sécurité du Canada), et l'alinéa 34(1)f) de la Loi (être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte d'espionnage, d'actes visant au renversement d'un gouvernement par la force ou à se livrer au terrorisme). Le dépôt de trois des avis d'appel de l'appelant a été autorisé : la décision de la Cour fédérale au sujet de la perte de la protection du secret professionnel de l'avocat et du privilège relatif au litige découlant de l'amalgamation de documents (2012 CF 669), le jugement de la Cour fédérale qui maintenait le caractère raisonnable du certificat (2013 CF 1092), et le refus de la Cour fédérale de faire droit à la demande de l'appelant de suspendre l'instance aux motifs d'abus de procédure (2013 CF 1095).

L'appelant a soutenu que le certificat de sécurité n'était pas raisonnable, que la Cour fédérale a commis une erreur en déterminant la norme juridique requise eu égard au caractère raisonnable, et que le certificat n'est pas raisonnable compte tenu des éléments de preuve. Plus particulièrement, l'appelant a soutenu notamment que la Cour fédérale a appliqué une trop vaste définition du terme « membre » aux fins de l'alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et qu'il doit exister certains éléments de preuve d'une « intention de participer ou de contribuer » à une organisation.

Il s'agissait principalement de déterminer si les articles 33 et 34 et la section 9 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, ainsi que les articles 4 et 6 et le paragraphe 7(3) de la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence* contreviennent à l'article 7 de la Charte en refusant à la personne visée (en l'occurrence l'appelant) le droit à une audience équitable. Cependant, les questions en litige dont il a fallu tenir compte en appel ne se limitaient pas à



appellant that potentially affected the Federal Court's determination that the certificate was reasonable were before the Court.

*Held*, the appeals should be dismissed.

Overall, the Federal Court properly identified the standard to be applied in determining the reasonableness of the certificate and properly understood the grounds for inadmissibility under section 34 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Many of the appellant's submissions focussed on the Federal Court's fact-finding and its factually suffused application of legal standards to the facts, particularly on the issue of the reasonableness of the security certificate. These matters could only be reviewed for palpable and overriding error. "Palpable" means an error that is obvious. "Overriding" means an error that affects the outcome of the case. A court not mentioning evidence in its reasons does not necessarily lead to a finding of palpable and overriding error.

Terrorist organizations do not issue membership cards or keep membership lists. Thus, formal membership, in the sense understood for lawful organizations, is not required. Rather, certain activities that materially support a terrorist group's objectives, such as providing funds, providing false documents, recruiting or sheltering persons, can be evidence of membership in a terrorist organization even though the activities do not directly link to terrorist violence. Paragraph 34(1)(f) of the Act does not specify a mental element that must be satisfied for membership; on its face it merely sets out the status of membership, nothing more. The Federal Court did not uphold the reasonableness of the security certificate merely because the appellant's statements were not credible. Rather, his lack of credibility was just one of many elements underscoring the reasonableness of the certificate. It was open to the Federal Court to find that an intercepted conversation contained an admission of membership. The fact that another court might have ruled differently or might have attached less significance to a piece of evidence does not establish palpable and overriding error. Membership in one terrorist organization is enough for the Federal Court to uphold the reasonableness of the security certificate. The standard for assessing the security certificate is "reasonable grounds to believe" that the security grounds for inadmissibility under section 34 of the *Immigration and Refugee Protection Act* are present. The Federal Court found reasonable grounds. Far from there being palpable and overriding error on this point, the Federal Court's conclusions were impeccably sourced and well-supported by admissible, and often considerable, evidence.

celles figurant dans la question certifiée. La Cour a été saisie de toutes les questions soulevées par l'appellant, qui pourraient avoir eu une incidence sur la décision de la Cour fédérale selon laquelle le certificat était raisonnable.

*Arrêt* : les appels doivent être rejetés.

Dans l'ensemble, la Cour fédérale a correctement déterminé la norme à appliquer pour décider du caractère raisonnable du certificat et a correctement compris les motifs pour l'interdiction de territoire en vertu de l'article 34 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Un grand nombre des arguments de l'appellant se sont concentrés sur la recherche de faits de la Cour fédérale et son application axée sur les faits des normes juridiques aux faits, en particulier sur la question du caractère raisonnable du certificat de sécurité. Ces affaires ne pouvaient être assujetties qu'à la norme de l'erreur manifeste et dominante. Par erreur « manifeste », on entend une erreur évidente. Par erreur « dominante », on entend une erreur qui a une incidence sur l'issue de l'affaire. La non-mention d'éléments de preuve dans les motifs ne mène pas nécessairement à une conclusion d'erreur manifeste et dominante.

Les organisations terroristes n'émettent pas de cartes de membre et ne tiennent pas de listes des membres. Ainsi, le titre de membre officiel, au sens entendu en ce qui concerne les organisations légitimes, n'est pas requis. Au contraire, certaines activités qui appuient de façon importante les objectifs d'un groupe terroriste, notamment la fourniture de fonds, la fourniture de faux documents, le recrutement ou l'hébergement de personnes, peuvent constituer des preuves de participation à une organisation terroriste, même si les activités ne sont pas directement liées à la violence terroriste. L'alinéa 34(1)f de la Loi ne précise pas un élément mental qui doit être satisfait pour être membre; en soi, il ne fait qu'exposer le statut de membre, rien de plus. La Cour fédérale n'a pas confirmé le caractère raisonnable du certificat de sécurité tout simplement parce que les déclarations de l'appellant n'étaient pas crédibles. En fait, son manque de crédibilité n'était que l'un des nombreux éléments soulignant le caractère raisonnable du certificat. Il était loisible à la Cour fédérale de conclure qu'une conversation interceptée comportait une admission d'appartenance. Le fait qu'un autre tribunal puisse avoir conclu différemment ou puisse avoir accordé moins d'importance à un élément de preuve n'établissait pas une erreur manifeste et dominante. L'appartenance à une organisation terroriste suffit pour que la Cour fédérale maintienne le caractère raisonnable du certificat de sécurité. La norme d'appréciation du certificat de sécurité est celle d'avoir des « motifs raisonnables de croire » que les motifs liés à la sécurité concernant l'interdiction de territoire aux termes de l'article 34 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* sont présents. La Cour fédérale a conclu qu'il existait des motifs raisonnables. Loin de soulever une erreur manifeste et dominante, les sources des conclusions de la Cour fédérale

There was no basis for intervening with the Federal Court's decision on the issue of the appellant's constitutional challenge. The Supreme Court of Canada in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat* rejected a similarly broad constitutional challenge against the security certificate provisions in issue in that case. Here, the appellant made arguments that differed in some respects from those raised in *Harkat*. For this reason, the constitutional question certified by the Federal Court was proper and not foreclosed by *Harkat*. Nevertheless, the reasoning of the Supreme Court in *Harkat* still governed. The appellant's constitutional arguments failed.

The appellant challenged the constitutionality of specific sections of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act). The power under section 12 of the CSIS Act to collect information and intelligence on activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada is not untrammelled. Section 12 is neither vague nor overbroad, and is limited by section 2 of the CSIS Act. The Federal Court did not err in assessing the constitutionality of section 12 and related warrant provisions on the basis of the appellant's section 8 Charter right. Sections 21 to 24 of the CSIS Act are broad warrant-authorizing provisions, just like any other search warrant provisions. To the extent the sections are used improperly, for instance to authorize the interception of solicitor-client communications, that is a question concerning the validity of the warrant issued under these provisions or the manner in which an interception is carried out. The provisions themselves are not invalid. The intelligence-sharing scheme under the CSIS Act, specifically under section 17, is subject to various safeguards and oversight and did not in principle or on the facts of this case result in unreasonable searches in violation of the Charter.

The respondent ministers did not fail to exercise their powers properly in issuing the security certificate in this case. While section 77 of the Act, which states that the respondent ministers "shall sign" a security certificate stating that the person named therein is inadmissible, does not give the ministers an untrammelled discretion, it is not necessary for the ministers to have reviewed every last bit of information and to satisfy themselves that a certificate is reasonable before signing it. If that were the standard, the later assessment by

étaient parfaitement établies et les conclusions étaient bien étayées par des éléments de preuve admissibles — souvent très nombreux.

Il n'y avait pas de raison pour intervenir dans la décision de la Cour fédérale sur la question de la contestation constitutionnelle de l'appelant. Dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, la Cour suprême du Canada a rejeté une contestation constitutionnelle également vaste des dispositions du certificat de sécurité qui étaient en litige dans cette affaire. Dans la présente affaire, l'appelant a présenté des arguments qui différaient à certains égards de ceux soulevés dans l'arrêt *Harkat*. Pour cette raison, la question constitutionnelle certifiée par la Cour fédérale était appropriée et non supplantée par l'arrêt *Harkat*. Néanmoins, le raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *Harkat* était toujours valide. Les arguments constitutionnels de l'appelant ont été rejetés.

L'appelant a contesté la constitutionnalité de certaines dispositions de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi sur le SCRS). Le pouvoir prévu à l'article 12 de la Loi sur le SCRS qui permet la collecte des informations et des renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada n'est pas absolu. L'article 12 n'est ni imprécis ni trop large dans sa portée, et il est limité par l'article 2 de la Loi sur le SCRS. La Cour fédérale n'a pas commis une erreur en appréciant la constitutionnalité de l'article 12 et des dispositions connexes sur les mandats par rapport au droit de l'appelant garanti par la Charte aux termes de l'article 8. Les articles 21 à 24 de la Loi sur le SCRS comportent des dispositions qui ont une vaste portée d'autorisation fondée sur un mandat, à l'instar de toute autre disposition concernant les mandats de perquisition. Dans la mesure où les articles sont utilisés de façon irrégulière, par exemple pour autoriser l'interception de communications entre l'avocat et son client, il s'agit d'une question concernant la validité du mandat délivré en vertu de ces dispositions ou de la façon dont l'interception est exécutée. Les articles eux-mêmes ne sont pas invalides. Le régime d'échange de renseignements en vertu de la Loi sur le SCRS, plus spécifiquement l'article 17, est assujéti à diverses mesures de protection et divers mécanismes de surveillance et il n'a pas donné lieu en principe ou dans les faits de l'espèce à des fouilles abusives en violation de la Charte.

Les ministres intimés n'ont pas négligé d'exercer leurs pouvoirs de façon régulière en délivrant le certificat de sécurité en l'espèce. L'article 77 de la Loi, aux termes duquel les ministres intimés « signent » un certificat de sécurité attestant que la personne visée dans le certificat est interdite de territoire, ne donne pas aux ministres un pouvoir discrétionnaire absolu, mais il n'est pas nécessaire pour les ministres d'avoir examiné la totalité des renseignements, sans exception, et d'être convaincus qu'un certificat est raisonnable avant de

the Federal Court of the reasonableness of the security certificate would be somewhat redundant. In no way does the Act require a double assessment of reasonableness of the security certificate. That being said, the issuance of a security certificate against a named person has drastic consequences. The ministers cannot just autograph the certificate blithely. There is no necessary relationship between the information disclosed under subsection 77(2) of the Act and the information that the ministers must have before them when considering whether to sign a security certificate under subsection 77(1) of the Act. The ministers need to review enough material in order to be satisfied that they can express an opinion in the security certificate that the named person is inadmissible and that the opinion is sufficiently well founded. This requires supporting evidence that is cogent and credible. In this case, that threshold was easily met.

The appellant was not entitled to bring a judicial review against the issuance of the certificate right after it was issued. Under this legislative regime, judicial review of the issuance of a security certificate is ousted. In its place is an automatic referral of the certificate to the Federal Court for an assessment of its reasonableness. In these circumstances, it is open to Parliament to oust judicial review by enacting another form of meaningful review by a court; in no sense is immunization of executive action from review taking place.

The Federal Court did not err in rejecting the submission that the Canadian Security Intelligence Service owes a duty of candour to the ministers so that they can properly assess whether to sign the security certificate. There is no legal basis for the Court to reach behind the ministers and enforce a duty owed to them by their subordinate agencies and officials.

There was no basis in law or in fact for the award of a permanent stay of proceedings. A permanent stay of proceedings is warranted only in the “clearest of cases”. A balancing of the need for this remedy against the societal interests of the proceeding continuing is required. Under this balancing, a stay is warranted only where the former is disproportional to the latter. Where it is certain that the “clearest of cases” threshold for a permanent stay is met — for example where the conduct is particularly egregious — a balancing is not required. Short of that, balancing “the interests in maintaining the integrity of the judicial system and individual rights on the one hand and the public interest in proceeding with the case on the other” is a “useful tool in the exercise of... discretion.” The Supreme Court of Canada decisions in *R. v.*

le signer. Si telle était la norme, l’appréciation subséquente par la Cour fédérale du caractère raisonnable du certificat de sécurité serait en quelque sorte redondante. La Loi n’exige absolument pas une double évaluation du caractère raisonnable du certificat de sécurité. Cela étant dit, la délivrance d’un certificat de sécurité à l’encontre d’une personne visée a de lourdes conséquences. Les ministres ne peuvent pas tout simplement autographier le certificat allègrement. Il n’existe aucun lien nécessaire entre les renseignements divulgués en vertu du paragraphe 77(2) de la Loi et les renseignements dont les ministres doivent disposer au moment de décider s’ils signent un certificat de sécurité en vertu du paragraphe 77(1) de la Loi. Les ministres doivent examiner suffisamment de documents pour être convaincus qu’ils peuvent exprimer une opinion dans le certificat de sécurité selon laquelle la personne visée est interdite de territoire et que l’opinion est suffisamment bien fondée. Pour cela, il faut des éléments de preuve convaincants et crédibles. En l’espèce, ce critère minimum a été facilement satisfait.

L’appelant n’avait pas droit à un contrôle judiciaire à l’encontre de la délivrance du certificat immédiatement après sa délivrance. Le présent régime législatif fait échec au contrôle judiciaire de la délivrance d’un certificat de sécurité. À sa place, il y a un renvoi automatique du certificat à la Cour fédérale pour une évaluation de son caractère raisonnable. Dans ces circonstances, il est loisible au législateur de faire échec au contrôle judiciaire en adoptant une autre forme de contrôle approfondi par un tribunal; il n’est absolument pas question de mettre les mesures de l’exécutif à l’abri du contrôle.

La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en rejetant l’observation selon laquelle le Service canadien du renseignement de sécurité a une obligation de franchise aux ministres afin qu’ils puissent évaluer de façon appropriée s’ils doivent signer le certificat de sécurité. Il n’existe aucun fondement juridique permettant à la Cour de contourner les ministres et de contraindre leurs fonctionnaires et organismes subordonnés à s’acquitter d’une obligation à leur égard.

Il n’existait aucun fondement en droit ou dans les faits pour accorder un arrêt permanent des procédures. Il est justifié uniquement dans les « cas les plus manifestes ». Il doit y avoir une mise en balance du besoin de la réparation et des intérêts de la société pour la poursuite de l’instance. Dans le cadre de cette mise en balance, un arrêt des procédures est justifié uniquement lorsque le besoin est disproportionné par rapport aux intérêts. Lorsqu’il est certain qu’un cas rentre dans la qualification des « cas les plus manifestes » justifiant un arrêt permanent des procédures — par exemple, lorsque la conduite est particulièrement grave — une mise en balance n’est pas nécessaire. Abstraction faite de ces cas les plus manifestes, la mise en balance « des intérêts à maintenir l’intégrité du système judiciaire et des droits individuels d’une part, et de

*Conway* and *R. v. Babos* suggest that for a stay to be granted the outcome of the balancing must show that the public and individual interest in a permanent stay of proceedings is disproportionately greater than the public interest in a decision on the merits. The concept of disproportionality reflects the classic, oft-stated threshold that a permanent stay of proceedings is available only in the “clearest of cases”. As it turns out, the Federal Court applied a test that was more favourable to the appellant than was perhaps warranted in law. And in applying that more favourable test, the Federal Court still found that the security certificate proceedings should not be stayed permanently. It followed, then, that in order to succeed in the area of abuse of process, the appellant had to undercut the Federal Court’s finding that a stay of proceeding was not warranted by demonstrating palpable and overriding error. This, the appellant did not do.

The appellant raised a panoply of issues, including the violations of his right to know the case to meet, his right to silence and to counsel of choice, the use of hearsay evidence, breaches of solicitor-client privilege and litigation privilege such as the commingling of documents. The Federal Court did not err in law or in extricable legal principle on any of these issues. Nor did it commit palpable and overriding error.

The Canadian Security Intelligence Service conducted interviews of the appellant. There is no authority supporting the proposition that, in the national security context, state authorities cannot speak to the appellant at all. Overall, the Federal Court found that the appellant’s rights were fully respected in the interviews and his participation and statements made during those interviews were voluntary. This fact-based finding was not vitiated by palpable and overriding error. In fact, it was fully supported by the evidence. Here, there was no ground for the issuance of a permanent stay of proceedings.

Warrants issued under section 21 of the CSIS Act should not be treated differently from criminal law warrants. The different nature of section 21 warrants does not justify a different legal standard. The fact that a section 21 warrant may be hard to challenge in some contexts does not logically lead to the

l’intérêt public à aller de l’avant avec l’affaire, d’autre part » « facilite l’exercice du [...] pouvoir discrétionnaire ». La Cour suprême du Canada dans les arrêts *R. c. Conway* et *R. c. Babos* laisse entendre que, pour accorder un arrêt des procédures, l’issue de la mise en balance doit montrer que l’intérêt public et l’intérêt individuel dans un arrêt permanent des procédures est plus grand de façon disproportionnée que l’intérêt public dans une décision sur le fond. Le concept de la disproportion reflète le critère minimum classique souvent énoncé voulant qu’un arrêt permanent des procédures est disponible uniquement dans les « cas les plus manifestes ». Il s’avère que la Cour fédérale a appliqué un critère qui était plus favorable à l’appelant que ne le justifiait peut-être le droit. Et en appliquant ce critère plus favorable, la Cour fédérale a quand même conclu que l’instance concernant le certificat de sécurité ne devrait pas être suspendue de façon permanente. Il s’ensuit alors que, pour avoir gain de cause au sujet de l’abus de procédure, l’appelant devait démontrer que la conclusion de la Cour fédérale était erronée quand elle a dit qu’un arrêt des procédures n’était pas justifié. Cette démonstration ne peut être faite qu’à l’aide de l’erreur manifeste et dominante. Cela, l’appelant ne l’a pas fait.

L’appelant a soulevé une multitude de questions, dont la violation de son droit de connaître la défense à présenter, son droit de garder le silence et à l’assistance de l’avocat de son choix, l’utilisation d’éléments de preuve obtenus par ouï-dire, des manquements au secret professionnel de l’avocat et au privilège relatif au litige comme l’amalgamation de documents. La Cour fédérale n’a pas commis une erreur sur une question de droit ou une règle de droit qu’il est possible de dégager à l’égard de l’une de ces questions en litige. Elle n’a pas non plus commis d’erreur manifeste et dominante.

Le Service canadien du renseignement de sécurité a réalisé des entrevues avec l’appelant. Aucun pouvoir n’étaye la proposition selon laquelle, dans le contexte de la sécurité nationale, les autorités gouvernementales ne peuvent absolument pas parler à l’appelant. Globalement, la Cour fédérale a conclu que les droits de l’appelant ont été totalement respectés lors des entrevues et que sa participation aux entrevues et ses déclarations faites à ces occasions étaient volontaires. Cette conclusion fondée sur les faits n’était pas viciée par une erreur manifeste et dominante. De fait, elle était totalement étayée par les éléments de preuve. En l’espèce, il n’existait aucun motif pour ordonner un arrêt permanent des procédures.

Les mandats décernés en vertu de l’article 21 de la Loi sur le SCRS ne devraient pas être traités différemment d’un mandat décerné en vertu du droit pénal. La nature différente des mandats délivrés en vertu de l’article 21 ne justifie pas une norme juridique différente. Le fait qu’un mandat délivré

conclusion that when it is challenged in court for omissions or inaccuracies — exactly like a criminal law search warrant — it should be subject to a different legal test. In terms of legal policy, it is hard to understand why a section 21 warrant that could have issued despite omissions or inaccuracies should be treated differently from a criminal law warrant. In fact, given the ever-increasing need to guard against terrorism and other threats to national security it is difficult to understand why admissibility standards in the national security context should be more stringent than those in the criminal law context. Paragraph 21(2)(b) of the CSIS Act should not be interpreted to require an evidentiary showing of investigative necessity. Paragraph 21(1)(b) requires a deponent seeking a warrant to depose that “other investigative procedures have been tried and have failed” or “that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation using only other investigative procedures”. But an alternative ground is where, without a warrant, “it is likely that information of importance with respect to the threat to the security of Canada ... would not be obtained.” This third ground provides an independent basis for obtaining a warrant and does not require a demonstration of investigative necessity.

There was no error of law or palpable and overriding error in the Federal Court’s consideration of the evidence under paragraph 83(1)(h) of the Act, including the evidence said to be hearsay and unsourced. In assessing evidence using the reliability and appropriateness standard under paragraph 83(1)(h), the Federal Court was appropriately cautious. Although the paragraph allows evidence to be admitted “even if it is inadmissible in a court of law”, the Federal Court observed that the traditional rules of evidence are not to be disregarded in their entirety, observing that many of them grew out of a concern about reliability and fairness. Overall, the Federal Court considered itself to be bound by standards of reliability and fairness or, broadly put, the guarantee of trial fairness under the principles of fundamental justice in section 7 of the Charter. The test used by the Federal Court for unsourced evidence under subsection 83(1.1) of the Act respected the principles of what constitutes reliable evidence set out in the case law. In this case, this approach seemed to have worked. The test formulated by the Federal Court was correct. As well, the reasonableness of the security certificate was amply confirmed by evidence other than unsourced evidence. Regarding the use of information derived from torture or cruel, inhuman and degrading treatment, the approach applied by the Federal Court in this matter was consistent with

en vertu de l’article 21 puisse être difficile à contester dans certains contextes ne mène pas logiquement à la conclusion que, lorsqu’il est contesté devant un tribunal pour omissions ou inexactitudes — exactement comme un mandat de perquisition en vertu du droit pénal —, il devrait être assujéti à un critère juridique différent. Pour ce qui est de la politique juridique, il est difficile de comprendre pourquoi un mandat délivré en vertu de l’article 21, qui pourrait avoir été décerné malgré des omissions ou des inexactitudes, devrait être traité différemment d’un mandat décerné en vertu du droit pénal. De fait, étant donné la nécessité sans cesse croissante de se protéger contre le terrorisme et d’autres menaces pour la sécurité nationale, il est difficile de comprendre pourquoi les critères d’admissibilité dans le contexte de la sécurité nationale devraient être plus rigoureux que ceux dans le contexte du droit pénal. L’alinéa 21(2)b) de la Loi sur le SCRS ne devrait pas être interprété de façon à exiger un examen des preuves démontrant la nécessité de mener une enquête. L’alinéa 21(2)b) exige qu’un déposant qui cherche à obtenir un mandat dépose sous serment que « d’autres méthodes d’enquête ont été essayées en vain » ou que « l’urgence de l’affaire est telle qu’il serait très difficile de mener l’enquête sans mandat ». Par contre, il y a un autre motif lorsque, sans mandat, « il est probable que des informations importantes concernant les menaces ou les fonctions visées [...] ne pourraient être acquises ». Ce troisième motif prévoit un fondement indépendant pour obtenir un mandat et n’exige pas une démonstration de la nécessité de mener une enquête.

Il n’y a eu aucune erreur de droit ou erreur manifeste et dominante dans l’examen qu’a fait la Cour fédérale des éléments de preuve en vertu de l’alinéa 83(1)h) de la Loi, y compris les éléments de preuve par ouï-dire ou de source inconnue. En évaluant la preuve à l’aide du critère des éléments dignes de foi et des éléments utiles en vertu de l’alinéa 83(1)h), la Cour fédérale a fait preuve de prudence. Même si l’alinéa permet d’admettre un élément de preuve « même inadmissible en justice », la Cour fédérale a fait remarquer que les règles de preuve classiques ne doivent pas être écartées dans leur intégralité, soulignant qu’un grand nombre d’elles découlent d’une préoccupation au sujet de l’élément digne de foi et de l’équité. Dans l’ensemble, la Cour fédérale s’est estimée elle-même liée par le critère des éléments dignes de foi et de l’équité ou, plus généralement, la garantie d’un procès équitable en vertu des principes de justice fondamentale de l’article 7 de la Charte. Le critère concernant les éléments de preuve de source inconnue utilisé par la Cour fédérale en vertu du paragraphe 83(1.1) de la Loi respectait les principes de ce qui constitue des éléments de preuve dignes de foi exposés dans la jurisprudence. En l’espèce, cette approche a semblé avoir donné de bons résultats. Le critère formulé par la Cour fédérale était valable. En outre, le caractère raisonnable du certificat de sécurité a été amplement confirmé par des éléments de preuve autres

both other national security case law and the text of the operative provisions themselves. There was no basis upon which to intervene.

All of the solicitor-client communications interceptions were carried out under section 21 of the CSIS Act or by way of judicial authorization and were conducted in good faith. It was inevitable that national security warrants authorizing the interception of communications sent and received using the appellant's phone would result in such interceptions. This sort of "initial interception" is not fodder for an abuse of process complaint in itself. The key is what happens to those interceptions afterwards. There was no evidence before the Federal Court suggesting that any intercepted information was used, directly or indirectly.

Finally, the legislative regime concerning security certificates, including the procedures for assessing the reasonableness of a security certificate, is constitutional. The security certificate proceedings can only be seen as fundamentally fair in their execution. Mistakes and faults occasionally happened and often remedies were needed to redress them. But individually or collectively, there was no factual and legal basis upon which the Federal Court could have permanently stayed these proceedings. They properly ran their course to a final decision on the merits. As a result, under section 80 of the Act, the security certificate continues to be "conclusive proof" that the appellant is inadmissible and continues to be "a removal order that is in force without it being necessary to hold or continue an examination or admissibility hearing."

que ceux de source inconnue. En ce qui concerne l'utilisation de renseignements obtenus par la torture ou des traitements cruels, inhumains et dégradants, l'approche adoptée par la Cour fédérale dans la présente affaire était conforme à la fois à la jurisprudence sur la sécurité nationale d'autres cours et au texte des dispositions opérantes mêmes. Il n'existait aucun fondement en vertu duquel on devait intervenir.

Toutes les interceptions de communications entre l'avocat et son client ont été exécutées aux termes de l'article 21 de la Loi sur le SCRS ou au moyen d'une autorisation judiciaire et ont été réalisées de bonne foi. Il était inévitable que les mandats de sécurité nationale autorisant l'interception de communications envoyées et reçues à l'aide du téléphone de l'appellant entraîneraient ces interceptions. Cette sorte d'« interception initiale » ne constitue pas des munitions pour une plainte d'abus de procédure en soi. La clé est ce qui survient à ces interceptions par la suite. Il n'existait aucun élément de preuve devant la Cour fédérale qui laissait entendre que les renseignements interceptés ont été utilisés, directement ou indirectement.

Enfin, le régime législatif concernant les certificats de sécurité, y compris les instances pour évaluer le caractère raisonnable d'un certificat de sécurité, est constitutionnel. L'instance concernant le certificat de sécurité ne pouvait être perçue que comme fondamentalement juste dans son exécution. À l'occasion, des erreurs se sont produites et il a fallu souvent des réparations pour les corriger. Par contre, individuellement ou collectivement, il n'existait aucun fondement factuel et juridique qui aurait permis à la Cour fédérale de prononcer un arrêt permanent de l'instance. Elle a suivi son cours jusqu'à la décision finale statuant sur le fond. En conséquence, aux termes de l'article 80 de la Loi, le certificat de sécurité continue d'être une « preuve concluante » que l'appellant est interdit de territoire et continue d'être « une mesure de renvoi en vigueur, sans qu'il soit nécessaire de procéder au contrôle ou à l'enquête ».

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- An Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act*, S.C. 2008, c. 3, ss. 4, 6, 7(3).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 8, 9, 10, 11(b), 24(1).
- Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2, 12, 17, 21–24.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.

#### 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, 7, 8, 9, 10, 11b), 24(1).
- Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, L.C. 2008, ch. 3, art. 4, 6, 7(3).
- Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2, 12, 17, 21 à 24.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 6(3), 33, 34, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83(1)(c),(e),(h),(1.1), 85–85.5.

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 6(3), 33, 34, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83(1)(c)(e),(h),(1.1), 85 à 85.5.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Harkat (Re)*, 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33; *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286; *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331, 402 D.L.R. (4th) 497; *Decor Grates Incorporated v. Imperial Manufacturing Group Inc.*, 2015 FCA 100, [2016] 1 F.C.R. 246; *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100; *Jaballah (Re)*, 2010 FC 79, [2011] 2 F.C.R. 145; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Atwal v. Canada*, [1988] 1 F.C. 107, (1987), 79 N.R. 91 (C.A.); *Wakeling v. United States of America*, 2014 SCC 72, [2014] 3 S.C.R. 549; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, (1994), 89 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, (1989), 49 C.C.C. (3d) 289; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *R. v. Alizadeh*, 2014 ONSC 1624, 315 C.C.C. (3d) 295; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, (1976), 68 D.L.R. (3d) 716.

## DISTINGUISHED:

*R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, 142 D.L.R. (4th) 595.

## CONSIDERED:

*Mahjoub (Re)*, 2013 FC 1094; *Mahjoub (Re)*, 2013 FC 1095; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub*, 2001 FCT 1095, [2001] 4 F.C.R. 644; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FCA 218, 265

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Harkat (Re)*, 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33; *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165; *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331; *Decor Grates Incorporated c. Imperial Manufacturing Group Inc.*, 2015 CAF 100, [2016] 1 R.C.F. 246; *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100; *Jaballah (Re)*, 2010 CF 79, [2011] 2 R.C.F. 145; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Atwal c. Canada*, [1988] 1 C.F. 107 (C.A.); *Wakeling c. États-Unis d'Amérique*, 2014 CSC 72, [2014] 3 R.C.S. 549; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *R. v. Alizadeh*, 2014 ONSC 1624, 315 C.C.C. (3d) 295; *Committee for Justice and Liberty et al. c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Mahjoub (Re)*, 2013 CF 1094; *Mahjoub (Re)*, 2013 CF 1095; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mahjoub*, 2001 CFPI 1095, [2001] 4 R.C.F. 644; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*,

C.R.R. (2d) 259; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, (1998), 160 D.L.R. (4th) 193, amended reasons, [1998] 1 S.C.R. 1222; *Ramoutar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 370, (1993), 65 F.T.R. 32 (T.D.); *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557; *United States v. Bin Laden*, 146 F. Supp. 2d 373 (S.D.N.Y. 2001); *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, (1995), 130 D.L.R. (4th) 235; *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, (1985), 20 D.L.R. (4th) 651; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 144; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, (1990), 60 C.C.C. (3d) 161; *R. v. Nero*, 2016 ONCA 160, 334 C.C.C. (3d) 148; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, (1993), 85 C.C.C. (3d) 289; *A. and Others v. Secretary of State for the Home Department*, 2005 UKHL 71, [2006] 2 A.C. 221; *Mahjoub (Re)*, 2010 FC 787, 373 F.T.R. 36; *R. v. S.(R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, (1995), 121 D.L.R. (4th) 589; *France v. Diab*, 2014 ONCA 374, 120 O.R. (3d) 174; *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189; *Es-Sayyid v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FCA 59, [2013] 4 F.C.R. 3; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; *Yamani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 482, 314 N.R. 347.

## REFERRED TO:

*Mahjoub (Re)*, 2013 FC 1096, 457 F.T.R. 1; *Mahjoub (Re)*, 2013 FC 1097, 450 F.T.R. 28; *Mahjoub (Re)*, 2013 FC 1093; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Singh*, 2016 FCA 300, [2017] 3 F.C.R. 263; *Canadian National Railway Company v. BNSF Railway Company*, 2016 FCA 284; *McKittrick Properties Ltd. (Re)*, [1926] 4 D.L.R. 44, (1926), 59 O.L.R. 199 (C.A.); *Manie v. Ford (Town)* (1918), 14 O.W.N. 83, [1918] O.J. No. 430 (QL) (H.C.), affd (1918), 15 O.W.N. 27, [1918] O.J. No. 233 (QL) (C.A.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 218, 141 C.P.R. (4th) 165; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *Kanagendren v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 86, [2016] 1 F.C.R. 428; *Entreprises Sibeca Inc. v. Frelighsburg (Municipality)*, 2004 SCC 61, [2004] 3 S.C.R. 304; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] UKHL 1, [1968] A.C. 997; *Carltona*

2012 CAF 218; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, motifs modifiés, [1998] 1 R.C.S. 1222; *Ramoutar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 370 (1<sup>re</sup> inst.); *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557; *United States v. Bin Laden*, 146 F. Supp. 2d 373 (S.D.N.Y. 2001); *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 144; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. v. Nero*, 2016 ONCA 160, 334 C.C.C. (3d) 148; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *A. and Others v. Secretary of State for the Home Department*, 2005 UKHL 71, [2006] 2 A.C. 221; *Mahjoub (Re)*, 2010 CF 787; *R. c. S.(R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *France v. Diab*, 2014 ONCA 374, 120 O.R. (3d) 174; *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189; *Es-Sayyid c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CAF 59, [2013] 4 R.C.F. 3; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *Yamani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 482.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Mahjoub (Re)*, 2013 CF 1096; *Mahjoub (Re)*, 2013 CF 1097; *Mahjoub (Re)*, 2013 CF 1093; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Singh*, 2016 CAF 300, [2017] 3 R.C.F. 263; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. BNSF Railway Company*, 2016 CAF 284; *McKittrick Properties Ltd. (Re)*, [1926] 4 D.L.R. 44, (1926), 59 O.L.R. 199 (C.A.); *Manie v. Ford (Town)* (1918), 14 O.W.N. 83, [1918] O.J. No. 430 (QL) (H.C.), conf. par (1918), 15 O.W.N. 27, [1918] O.J. No. 233 (QL) (C.A.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limitée*, 2016 CAF 218; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *Kanagendren c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 86, [2016] 1 R.C.F. 428; *Entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, 2004 CSC 61, [2004] 3 R.C.S. 304; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] UKHL 1, [1968] A.C. 997; *Carltona Ltd. v.*



*Ltd. v. Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560 (C.A.); *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 128; *Philipos v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 79, [2016] 4 F.C.R. 268; *Mazhero v. Fox*, 2014 FCA 219; *Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50, [2013] 3 C.T.C. 126; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, (1992), 71 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *Harkat (Re)*, 2010 FC 1243, 380 F.T.R. 255; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, (1993), 101 D.L.R. (4th) 654; *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3; *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3.

## AUTHORS CITED

Al-Ahram Center for Political and Strategic Studies. *The Spectrum of Islamist Movements*, Berlin: Verlag Hans Schiler, 2007.

Al-Zayyat, Montasser. *The Road to Al-Qaeda: The Story of Bin Laden's Right-Hand Man (Critical Studies on Islam)*, London: Pluto Press, 2004.

*National Post*, October 28, 2006.

*New York Times*, December 3, 2008.

Wright, Lawrence. *The Looming Tower: Al-Qaeda and the Road to 9/11*, New York: Vintage, 2006.

APPEALS from decisions of the Federal Court (which certified a question in 2014 FC 200) upholding the reasonableness of a security certificate stating that the appellant is not admissible in Canada due to security grounds (2013 FC 1092), and refusing to grant the appellant's request that the proceedings be stayed on account of abuse of process (2013 FC 1095 and 2012 FC 669, [2014] 1 F.C.R. 457). Appeals dismissed.

## APPEARANCES

*Paul B. Slansky, Johanne Doyon and Yavar Hameed* for appellant.

*Anil K. Kapoor and Gordon Cameron* as special advocates.

*Marianne Zoric, Christopher Ezrin and Nathalie Benoit* for respondents.

*Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560 (C.A.); *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 128; *Philipos c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 79, [2016] 4 R.C.F. 268; *Mazhero c. Fox*, 2014 CAF 219; *Canada (Revenu national) c. Compagnie d'assurance vie RBC*, 2013 CAF 50; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *Harkat (Re)*, 2010 CF 1243; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053; *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3; *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3.

## DOCTRINE CITÉE

Al-Ahram Center for Political and Strategic Studies. *The Spectrum of Islamist Movements*, Berlin : Verlag Hans Schiler, 2007.

Al-Zayyat, Montasser. *The Road to Al-Qaeda : The Story of Bin Laden's Right-Hand Man (Critical Studies on Islam)*, London : Pluto Press, 2004.

*National Post*, 28 octobre 2006.

*New York Times*, 3 décembre 2008.

Wright, Lawrence. *The Looming Tower : Al-Qaeda and the Road to 9/11*, New York : Vintage, 2006.

APPELS de décisions dans lesquelles la Cour fédérale (qui a certifié une question dans 2014 CF 200) a maintenu le caractère raisonnable du certificat de sécurité déclarant l'appelant interdit de territoire pour des raisons de sécurité (2013 CF 1092) et refusé de faire droit à la demande de l'appelant de suspendre l'instance pour abus de procédure (2013 CF 1095 et 2012 CF 669, [2014] 1 R.C.F. 457). Appels rejetés.

## ONT COMPARU :

*Paul B. Slansky, Johanne Doyon et Yavar Hameed* pour l'appelant.

*Anil K. Kapoor et Gordon Cameron* à titre d'avocats spéciaux.

*Marianne Zoric, Christopher Ezrin et Nathalie Benoit* pour les intimés.

## SOLICITORS OF RECORD

*Doyon & Associés*, Montréal, *Paul Slansky*, Toronto, and *Hameed Law*, Ottawa, for appellant. *Anil K. Kapoor* and *Gordon Cameron* as special advocates.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

STRATAS J.A.:

A. Introduction

[1] The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness and the Minister of Citizenship and Immigration signed a security certificate under subsection 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 stating that Mr. Mahjoub—a refugee in Canada—is not admissible in Canada due to security grounds. The security certificate states:

We hereby certify that we were of the opinion, based on a Security Intelligence Report received and considered by us, that Mohamed Zeki Mahjoub, a foreign national, is inadmissible on grounds of security for the reasons described in section 34(1)(b), 34(1)(c), 34(1)(d) and 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

[2] In the security certificate, the grounds for Mr. Mahjoub’s inadmissibility to Canada—in other words, the portions of section 34 mentioned in the security certificate—are “engaging in or instigating the subversion by force of any government”, “engaging in terrorism”, “being a danger to the security of Canada”, and “being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage” in conduct such as “an act of subversion against a democratic government, institution or process as they are understood in Canada”, “the subversion by force of any government”, or “terrorism”.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Doyon & Associés*, Montréal, *Paul Slansky*, Toronto, et *Hameed Law*, Ottawa, pour l’appelant. *Anil K. Kapoor* et *Gordon Cameron* à titre d’avocats spéciaux.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

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

LE JUGE STRATAS, J.C.A. :

A. Introduction

[1] Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile et le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration ont signé un certificat de sécurité en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, dans lequel ils disent que M. Mahjoub — un réfugié au Canada — est interdit de territoire au Canada pour des raisons de sécurité. Le certificat de sécurité est ainsi libellé :

[TRADUCTION] Nous déclarons par les présentes que nous estimons, en nous fondant sur un rapport de renseignements de sécurité que nous avons reçu et examiné, que M. Mohamed Zeki Mahjoub, un étranger, est interdit de territoire pour raison de sécurité sur la base des motifs décrits aux alinéas 34(1)b), 34(1)c), 34(1)d) et 34(1)f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*.

[2] Dans le certificat de sécurité, les motifs pour lesquels M. Mahjoub est interdit de territoire canadien — autrement dit, les parties de l’article 34 mentionnées dans le certificat de sécurité — sont « être l’instigateur ou l’auteur d’actes visant au renversement d’un gouvernement par la force », « se livrer au terrorisme », « constituer un danger pour la sécurité du Canada », et « être membre d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle est, a été ou sera l’auteur », d’actes visant à « se livrer à la subversion contre toute institution démocratique, au sens où cette expression s’entend au Canada », « au renversement d’un gouvernement par la force » ou à se livrer au « terrorisme ».

[3] Under section 77 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, the ministers referred the security certificate to the Federal Court for a determination of its reasonableness.

[4] Acting under section 78 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, the Federal Court (*per* Blanchard J.) determined that the security certificate was reasonable: *Mahjoub (Re)*, 2013 FC 1092. It found that there were reasonable grounds to believe that two inadmissibility grounds were present: paragraph 34(1)(d) (being a danger to the security of Canada) and paragraph 34(1)(f) (being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in espionage, subversion by force of a government or terrorism).

[5] The Federal Court's judgment declaring the security certificate to be reasonable (*Mahjoub (Re)*, 2013 FC 1092) was the culmination of several complex, interrelated decisions in this matter: *Mahjoub (Re)*, 2012 FC 669, [2014] 1 F.C.R. 457; 2013 FC 1094; 2013 FC 1095; *Mahjoub (Re)*, 2013 FC 1096, 457 F.T.R. 1; *Mahjoub (Re)*, 2013 FC 1097, 450 F.T.R. 28, and an additional set of confidential reasons (2013 FC 1093) (*all per* Blanchard J.). Leading up to these are 53 orders, a number of which are supported by full reasons for order (most *per* Blanchard J.).

[6] When the Federal Court determined the security certificate to be reasonable, the security certificate became "conclusive proof" that Mr. Mahjoub is inadmissible to Canada. It also became "a removal order that is in force without it being necessary to hold or continue an examination or admissibility hearing." See section 80 of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

[7] Mr. Mahjoub appeals to this Court. Specifically, three appeals are before us:

- File A-478-14, an appeal from the Federal Court's judgment upholding the reasonableness of the certificate (2013 FC 1092).

[3] En vertu de l'article 77 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, par dépôt du certificat de sécurité à la Cour fédérale, les ministres ont demandé à la Cour d'en déterminer le caractère raisonnable.

[4] En vertu de l'article 78 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la Cour fédérale (sous la plume du juge Blanchard) a conclu que le certificat de sécurité était raisonnable : *Mahjoub (Re)*, 2013 CF 1092. Elle a conclu qu'il existait des motifs raisonnables de croire que deux motifs d'interdiction de territoire étaient présents : alinéa 34(1)d) (constituer un danger pour la sécurité du Canada) et alinéa 34(1)f) (être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte d'espionnage, d'actes visant au renversement d'un gouvernement par la force ou à se livrer au terrorisme).

[5] Le jugement de la Cour fédérale qui déclarait raisonnable le certificat de sécurité (*Mahjoub (Re)*, 2013 CF 1092) était l'aboutissement de plusieurs décisions complexes, interreliées dans cette affaire : *Mahjoub (Re)*, 2012 CF 669, [2014] 1 R.C.F. 457; 2013 CF 1094; 2013 CF 1095; *Mahjoub (Re)*, 2013 CF 1096; *Mahjoub (Re)*, 2013 CF 1097, et un autre ensemble de motifs confidentiels (2013 CF 1093) (tous sous la plume du juge Blanchard). Avant ces décisions, 53 ordonnances, dont plusieurs sont étayées par des motifs détaillés, ont été rendues (la plupart sous la plume du juge Blanchard).

[6] Lorsque la Cour fédérale a conclu que le certificat de sécurité était raisonnable, le certificat de sécurité est devenu une « preuve concluante » que M. Mahjoub est interdit de territoire au Canada. Il est aussi devenu « une mesure de renvoi en vigueur, sans qu'il soit nécessaire de procéder au contrôle ou à l'enquête ». Voir l'article 80 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

[7] M. Mahjoub interjette appel de cette décision devant notre Cour. Plus précisément, nous sommes saisis de trois appels :

- Dossier A-478-14, un appel à l'encontre d'un jugement de la Cour fédérale maintenant le caractère raisonnable du certificat (2013 CF 1092).

- File A-479-14, an appeal from an order of the Federal Court (2013 FC 1095). In this order, the Federal Court, among other things, refused to grant Mr. Mahjoub's request that the proceedings be stayed on account of abuse of process. The abuse of process was said to arise from, among other things, alleged Charter breaches, instances of procedural unfairness, and substantive errors and unfairness in the ministers' issuance of the certificate.
- File A-313-12, an appeal from an order of the Federal Court (2012 FC 669). In this order, the Federal Court, among other things, refused to grant Mr. Mahjoub's request that the proceedings be stayed on account of abuse of process. The abuse of process was said to arise from the commingling of the parties' courtroom materials following a hearing, resulting in the infringement of legal professional and litigation privilege.
- Dossier A-479-14, un appel à l'encontre d'une ordonnance de la Cour fédérale (2013 CF 1095). Dans cette ordonnance, la Cour fédérale a entre autres refusé de faire droit à la demande de M. Mahjoub selon laquelle l'instance devait être suspendue pour abus de procédure. L'abus de procédure aurait découlé, entre autres, de violations alléguées de la Charte, de manquements à l'équité procédurale ainsi que d'erreurs de fond et d'injustice dans la délivrance du certificat par les ministres.
- Dossier A-313-12, un appel à l'encontre d'une ordonnance de la Cour fédérale (2012 CF 669). Dans cette ordonnance, la Cour fédérale a entre autres refusé de faire droit à la demande de M. Mahjoub selon laquelle l'instance devait être suspendue pour abus de procédure. L'abus de procédure aurait découlé de l'amalgamation de documents des parties dans la salle d'audience à la suite d'une audience, entraînant le manquement au secret professionnel de l'avocat et au privilège relatif au litige.

[8] For the following reasons, I would dismiss the appeals. The various grounds asserted by the appellant against the security certificate are without merit. In particular, there are no grounds to set aside the Federal Court's finding that the security certificate is reasonable. Further, there are no grounds to set aside the Federal Court's refusal to stay the proceedings permanently on account of abuse of process.

[9] The evidentiary record, largely comprised of open-source, open-court information, demonstrates that there are reasonable grounds to believe that Mr. Mahjoub was a member of two terrorist organizations and that, by maintaining contact in Canada with other terrorists, he was a danger to the security of Canada: see paragraphs 107–151, below. As for the Federal Court's legal rulings on various issues raised by Mr. Mahjoub and the manner in which the Federal Court applied the law, a summary appears at paragraphs 76–82, below. An overall conclusion is at paragraphs 353–355, below.

[8] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter les appels. Les divers motifs invoqués par l'appelant à l'encontre du certificat de sécurité sont sans fondement. Plus précisément, rien ne justifie d'annuler la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle le certificat de sécurité est raisonnable. En outre, il n'existe aucun motif d'annuler le refus de la Cour fédérale de suspendre l'instance de façon permanente en raison d'un abus de procédure.

[9] Le dossier de preuves, qui se compose en grande partie de renseignements tirés de sources publiques, notamment judiciaires, démontre qu'il existe des motifs raisonnables de croire que M. Mahjoub était membre de deux organisations terroristes et que, en gardant le contact au Canada avec d'autres terroristes, il constituait un danger pour la sécurité du Canada : voir les paragraphes 107 à 151, ci-dessous. Quant aux décisions judiciaires de la Cour fédérale sur diverses questions soulevées par M. Mahjoub et sur la façon dont la Cour fédérale a appliqué le droit, un résumé figure aux paragraphes 76 à 82, ci-dessous. Une conclusion globale est exposée aux paragraphes 353 à 355, ci-dessous.

## B. Procedural background

[10] Only a brief summary of the proceedings against the appellant is needed; a more comprehensive review of the facts appears in the seven, highly detailed decisions of the Federal Court in this matter.

[11] Mr. Mahjoub is an Egyptian national. He arrived in Canada on December 31, 1995 and claimed refugee status. Less than a year later, the Immigration and Refugee Board granted him this status.

[12] In the meantime, Mr. Mahjoub came to the attention of the Canadian Security Intelligence Service. An investigation of Mr. Mahjoub started.

[13] The investigation led to the issuance of a security certificate against Mr. Mahjoub in June 2000. Soon after, on the authority of the security certificate, he was arrested and detained.

[14] As required by law, the security certificate was automatically referred to the Federal Court for an assessment of its reasonableness. The Federal Court determined the security certificate to be reasonable: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub*, 2001 FCT 1095, [2001] 4 F.C.R. 644.

[15] All of this took place under the security certificate provisions of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. In 2001, the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 was enacted in its place. The security certificate provisions in the former *Immigration Act* were not substantially changed.

[16] In 2007, while deportation proceedings against Mr. Mahjoub were underway, the constitutionality of the security certificate provisions fell for decision in the Supreme Court of Canada.

[17] The Supreme Court held that the provisions violated sections 7, 9 and paragraph 10(c) of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*]:

## B. Résumé des procédures

[10] Seulement un résumé succinct des procédures à l'encontre de l'appelant est nécessaire; un examen plus détaillé des faits est exposé dans les sept décisions très détaillées de la Cour fédérale dans la présente affaire.

[11] M. Mahjoub est un ressortissant égyptien. Il est arrivé au Canada le 31 décembre 1995 et a demandé l'asile. Moins d'un an plus tard, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada lui accordait le statut de réfugié.

[12] Entre-temps, M. Mahjoub a attiré l'attention du Service canadien du renseignement de sécurité. Une enquête au sujet de M. Mahjoub a été lancée.

[13] L'enquête a mené à la délivrance d'un certificat de sécurité contre M. Mahjoub en juin 2000. Peu de temps après, du fait de ce certificat de sécurité, il a été arrêté et détenu.

[14] Comme l'exige la loi, le certificat de sécurité a automatiquement été déposé à la Cour fédérale pour décider de son caractère raisonnable. La Cour fédérale a conclu que le certificat de sécurité était raisonnable : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mahjoub*, 2001 CFPI 1095, [2001] 4 R.C.F. 644.

[15] Tout cela s'est fait selon les dispositions relatives aux certificats de sécurité prévues dans la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2. En 2001, la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 est promulguée et l'a remplacée. Les dispositions relatives au certificat de sécurité dans l'ancienne *Loi sur l'immigration* n'ont pas été modifiées en profondeur.

[16] En 2007, pendant les procédures d'expulsion de M. Mahjoub, la question de la constitutionnalité des dispositions relatives au certificat de sécurité devait être tranchée par la Cour suprême du Canada.

[17] La Cour suprême a conclu que les dispositions violaient les articles 7 et 9 de même que l'alinéa 10c) de la Charte [*Charte canadienne des droits et liber-*

*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui I*). Section 7 was violated because the person named in the security certificate did not sufficiently know the case to meet and did not have the means to meet it, given the secrecy attaching to many aspects of the security certificate procedures. Section 9 and paragraph 10(c) were violated because the detention provisions included a lengthy period of time in which subjects were barred from challenging the lawfulness of their detention. Neither violation was saved by section 1.

[18] The Supreme Court declared the unconstitutional provisions to be of no force or effect. But it suspended its declaration for one year in order to allow Parliament to amend the Act.

[19] For present purposes, the practical effect of *Charkaoui I* was to render invalid the first security certificate issued in 2000 against Mr. Mahjoub. Having been authorized under invalid provisions, it too was invalid.

[20] Before the expiry of the one-year suspension of the declaration of invalidity, Parliament amended the invalid security certificate provisions: *An Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act*, S.C. 2008, c. 3. These new provisions came into force on February 22, 2008.

[21] On that same day, the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness and the Minister of Citizenship and Immigration issued a new security certificate against Mr. Mahjoub. This is the one the Federal Court has determined to be reasonable. This is the one now before this Court.

[22] Shortly after the ministers issued the new security certificate against Mr. Mahjoub, the Supreme Court released a second decision concerning the security certificate proceedings against Mr. Charkaoui: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui II*). The Supreme Court of Canada found that the Canadian Security

*tés*]: *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (*Charkaoui I*). Il y avait violation de l'article 7 parce que la personne visée dans le certificat de sécurité n'était pas suffisamment informée de la preuve à réfuter et n'avait pas le moyen d'y répondre, compte tenu du secret rattaché à de nombreux aspects de l'instance concernant le certificat de sécurité. L'article 9 et l'alinéa 10c) ont été violés parce que les dispositions sur la détention comportaient une longue période au cours de laquelle il était interdit aux sujets de contester la légalité de leur détention. Aucune de ces violations n'a été sauvegardée par l'article premier.

[18] La Cour suprême a déclaré inopérantes les dispositions inconstitutionnelles. Cependant, elle a suspendu sa déclaration pour une année afin de permettre au législateur de modifier la Loi.

[19] Pour les fins de la présente demande, l'effet pratique de l'arrêt *Charkaoui I* a été d'invalider le premier certificat de sécurité délivré en 2000 contre M. Mahjoub. Ayant été autorisé en vertu de dispositions invalides, il était de ce fait invalide.

[20] Avant l'expiration de la suspension de la déclaration d'invalidité pour un an, le législateur a modifié les dispositions invalides du certificat de sécurité : *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, L.C. 2008, ch. 3. Ces nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 22 février 2008.

[21] Le même jour, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ont délivré un nouveau certificat de sécurité contre M. Mahjoub. Il s'agit de celui que la Cour fédérale a jugé raisonnable. Il s'agit de celui dont la Cour est saisie.

[22] Peu après la délivrance par les ministres du nouveau certificat de sécurité contre M. Mahjoub, la Cour suprême a rendu une deuxième décision portant sur l'instance concernant le certificat de sécurité contre M. Charkaoui : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (*Charkaoui II*). La Cour suprême du Canada a conclu

Intelligence Service's policy of destroying notes from interviews and intercepts in the course of intelligence gathering breached section 7 of the Charter because it infringed Mr. Charkaoui's right to know the case against him.

[23] *Charkaoui II*, unlike *Charkaoui I*, did not automatically render the new security certificate against Mr. Mahjoub invalid. But, broadly speaking, *Charkaoui II* says much about substantive and procedural fairness obligations in security certificate proceedings. Whether the proceedings concerning the new security certificate have complied with these obligations is just one small cluster of trees in the larger forest of issues the Federal Court had to explore.

[24] Since 2008 the appellant has continuously received disclosure materials from the ministers in purported compliance with the requirements of *Charkaoui II*. He has also received a revised summary of the Security Intelligence Report, which formed the primary basis for the security certificate.

[25] In 2009, Mr. Mahjoub was released from detention on strict conditions. These conditions have been relaxed over time. There are many decisions concerning this.

[26] The proceedings in the Federal Court concerning the new certificate—the one now before this Court—were most complex and challenging. Due to the manner in which the parties conducted the proceedings and due to other circumstances, many motions fraught with difficult issues were brought—many on extremely short notice, many often overlapping and interrelating with other motions and many requiring prompt determination. Faced with this chaos, it fell to the Federal Court to bring order. It did so. The end product is 1 021 pages and 2 160 paragraphs of tightly-written, crystal-clear reasons.

[27] Portions of the hearings in the Federal Court and this Court were closed to the public so that submissions

que la politique du Service canadien du renseignement de sécurité consistant à détruire les originaux des renseignements recueillis tels ceux obtenus à la suite d'entrevues ou d'interceptions contrevenait au droit de M. Charkaoui, reconnu par l'article 7 de la Charte, de connaître la preuve pesant contre lui.

[23] L'arrêt *Charkaoui II*, contrairement à l'arrêt *Charkaoui I*, n'a pas automatiquement invalidé le nouveau certificat de sécurité établi contre M. Mahjoub. Par contre, de façon générale, l'arrêt *Charkaoui II* en dit long sur les obligations de fond et d'équité procédurale dans les instances concernant le certificat de sécurité. Quant à savoir si l'instance concernant le nouveau certificat de sécurité a respecté ces obligations, cela ne constitue qu'un petit bosquet dans la vaste forêt de questions que devait explorer la Cour fédérale.

[24] Depuis 2008, l'appelant n'a cessé de recevoir des documents communiqués par les ministres conformément, selon eux, aux exigences de l'arrêt *Charkaoui II*. Il a également reçu un résumé révisé des renseignements secrets en matière de sécurité, qui formait la base principale au soutien du certificat de sécurité.

[25] En 2009, M. Mahjoub a obtenu sa remise en liberté à des conditions strictes. Ces conditions ont été assouplies au fil du temps. De nombreuses décisions concernent cet aspect.

[26] L'instance de la Cour fédérale concernant le nouveau certificat — celui dont notre Cour est maintenant saisie — était très complexe et posait de multiples problèmes. Étant donné la façon dont les parties ont mené l'instance et en raison d'autres circonstances, de nombreuses requêtes soulevant des questions difficiles ont été présentées — plusieurs d'entre elles à très court préavis, plusieurs se chevauchant souvent et ayant une connexité avec d'autres requêtes et plusieurs nécessitant une décision rapide. Face à ce chaos, il incombait à la Cour fédérale de mettre de l'ordre. C'est ce qu'elle a fait. Il en est résulté 1 021 pages et 2 160 paragraphes de motifs concis, parfaitement clairs.

[27] Certaines parties des audiences de la Cour fédérale et de notre Cour ont été entendues à huis clos afin

could be made concerning national security and intelligence evidence. A provision added by the amendments in 2008, paragraph 83(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, allows this.

[28] In these closed hearings, the interests of Mr. Mahjoub were represented by two special advocates who are authorized and regulated under sections 85–85.5 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. They have a security clearance that allows them to make submissions in the closed hearing about the confidential material. Before us, I confirm that Mr. Mahjoub’s interests were expertly represented, in complete fulfilment of the purposes behind the 2008 amendments.

[29] In some cases, the Court needs to explain its decision by going into the confidential material and must issue confidential reasons alongside public, expurgated reasons. However, given the status and importance of the open court principle—“a hallmark of a democratic society” (*Re Vancouver Sun*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332, at paragraph 23)—to the extent possible, the Court should try to express all of its reasons for judgment publicly.

[30] Confidentiality is not required here. This public document contains all of my reasons for proposing that these appeals be dismissed.

### C. What appeals are properly before this Court?

#### (1) *Introduction*

[31] After the final decision of the Federal Court, Mr. Mahjoub brought a number of appeals in this Court. Owing to interlocutory proceedings in this Court and the strict limits on the ability to appeal to this Court from matters arising under the *Immigration and Refugee Protection Act*, some complexity has arisen.

que des observations puissent être présentées au sujet d’éléments de preuve portant sur la sécurité nationale et le renseignement. Une disposition ajoutée aux modifications apportées en 2008, l’alinéa 83(1)c) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, le permet.

[28] Dans le cadre de ces audiences à huis clos, les intérêts de M. Mahjoub ont été représentés par deux avocats spéciaux qui sont autorisés et réglementés en vertu des articles 85 à 85.5 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Leur cote de sécurité leur permet de faire des observations lors de l’audience à huis clos au sujet de documents confidentiels. Devant nous, je confirme que les intérêts de M. Mahjoub ont été représentés de façon experte, dans le respect total des objectifs à l’origine des modifications de 2008.

[29] Dans certains cas, la Cour doit expliquer sa décision en consultant des documents confidentiels et doit émettre des motifs confidentiels de même que des motifs publics, expurgés. Cependant, étant donné le statut et l’importance du principe de la transparence judiciaire — « une caractéristique d’une société démocratique » (arrêt *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332, au paragraphe 23) — dans la mesure du possible, la Cour devrait essayer d’exprimer publiquement tous ses motifs du jugement.

[30] La confidentialité n’est pas requise en l’espèce. Le présent document public renferme tous mes motifs qui m’amènent à proposer de rejeter ces appels.

### C. Quels sont les appels dont la Cour est régulièrement saisie?

#### 1) *Introduction*

[31] Après la décision finale de la Cour fédérale, M. Mahjoub a présenté plusieurs appels à notre Cour. Compte tenu des procédures interlocutoires dans notre Cour et des limites rigoureuses quant à la capacité de faire appel auprès de la Cour pour des affaires découlant de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, il en ressort une certaine complexité.



[32] As will be seen, some of the appeals before this Court are improper and must be dismissed at the outset. Nevertheless, in the end this does not matter: all of the issues raised in all of the appeals, whether or not proper, have ended up before us. Some explanation is needed as to why that is so.

(2) *Procedural history in this Court*

[33] Mr. Mahjoub presented to this Court a total of five notices of appeal.

[34] The Registry accepted the first notice of appeal for filing (file A-313-12). This concerned the Federal Court's decision on the loss of legal professional and litigation privilege arising from the commingling of documents (2012 FC 669).

[35] Later, following the Federal Court's decisions in 2013 FC 1092, 2013 FC 1095, 2013 FC 1096 and 2013 FC 1097, Mr. Mahjoub presented four notices of appeal. The ministers objected to the filing of the notices of appeal. This Court allowed in part their objection.

[36] Two of the four were not permitted to be filed. One concerned 2013 FC 1096 and another concerned 2013 FC 1097. As a result, these two notices of appeal are not before us.

[37] The remaining two notices of appeal were permitted to be filed. One concerned the Federal Court's judgment upholding the reasonableness of the certificate (2013 FC 1092). This is file A-478-14. The other concerned the Federal Court's refusal to grant Mr. Mahjoub's request that the proceedings be stayed on account of abuse of process. This is file A-479-14.

[38] As a result of the foregoing—as mentioned at the outset of these reasons—three appeals are before this Court: files A-478-14, A-479-14 and A-313-12.

[32] Comme on le verra, certains des appels devant notre Cour n'ont pas été présentés de façon régulière et doivent être rejetés dès le départ. Néanmoins, en fin de compte, cela n'a aucune importance : toutes les questions soulevées dans le cadre de tous les appels, que ce soit de façon régulière ou non, ont abouti devant nous. Certaines explications s'imposent.

2) *Historique de la procédure de notre Cour*

[33] M. Mahjoub a présenté cinq avis d'appel en tout à la Cour.

[34] Le greffé a accepté le dépôt du premier avis d'appel (dossier A-313-12). Il concernait la décision de la Cour fédérale au sujet de la perte de la protection du secret professionnel de l'avocat et du privilège relatif au litige découlant de l'amalgamation de documents (2012 CF 669).

[35] Plus tard, à la suite des décisions rendues par la Cour fédérale portant les numéros de référence 2013 CF 1092, 2013 CF 1095, 2013 CF 1096 et 2013 CF 1097, M. Mahjoub a présenté quatre avis d'appel. Les ministres se sont opposés au dépôt des avis d'appel. La Cour a fait droit en partie à leur opposition.

[36] Le dépôt de deux des quatre avis d'appel n'a pas été autorisé. Une opposition concernait la référence 2013 CF 1096 et l'autre concernait la référence 2013 CF 1097. En conséquence, nous ne sommes pas saisis de ces deux avis d'appel.

[37] Le dépôt des deux autres avis d'appel a été autorisé. Un avis d'appel concernait un jugement de la Cour fédérale qui maintenait le caractère raisonnable du certificat (2013 CF 1092). Il s'agit du dossier A-478-14. L'autre concernait le refus de la Cour fédérale de faire droit à la demande de M. Mahjoub de suspendre l'instance aux motifs d'abus de procédure. Il s'agit du dossier A-479-14.

[38] Compte tenu de ce qui précède — tel qu'il est indiqué au début des présents motifs —, la Cour est saisie de trois appels : les dossiers A-478-14, A-479-14 et A-313-12.

(3) *This Court's jurisdiction to entertain these appeals*

[39] In this Court, the ministers did not object to this Court's jurisdiction to entertain these three appeals. However, this Court must always ensure that it has the subject-matter jurisdiction to determine matters placed before it: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Singh*, 2016 FCA 300, [2017] 3 F.C.R. 263, at paragraph 16; *Canadian National Railway Company v. BNSF Railway Company*, 2016 FCA 284, at paragraphs 22–23. This is the case even if the parties do not raise any jurisdictional concerns: *McKittrick Properties Ltd. (Re)*, [1926] 4 D.L.R. 44, (1926), 59 O.L.R. 199 (C.A.); *Manie v. Ford (Town)* (1918), 14 O.W.N. 83 (H.C.), aff'd (1918), 15 O.W.N. 27 (C.A.). If this Court does not have the subject-matter jurisdiction over an appeal, it cannot determine it.

[40] Therefore, at the outset, two of the three notices of appeal—those in files A-479-14 and A-313-12—must be quashed for want of jurisdiction.

[41] Under section 79 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, appeals to this Court are strictly limited. Only when the Federal Court has made a “determination” concerning the reasonableness of the certificate under section 78 of the Act can an appeal be brought. Under section 79 an appeal can only be “from the determination” and only if the Federal Court “certifies that a serious question of general importance is involved and states the question.” For good measure, section 79 adds that “no appeal may be made from an interlocutory decision in the proceeding.”

[42] In this matter, the Federal Court certified only one question for this Court's consideration. Its reasons on the issue of certification appear at 2014 FC 200. The question it certified concerned one of the issues bound up in the Federal Court's judgment that the certificate was reasonable (2013 FC 1092), a matter now before this Court in file A-478-14.

3) *Compétence de la Cour pour statuer sur ces appels*

[39] Devant notre Cour, les ministres ne se sont pas opposés à la compétence de la Cour pour entendre ces trois appels. Cependant, la Cour doit toujours s'assurer d'avoir la compétence d'attribution pour trancher les affaires dont elle est saisie : arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Singh*, 2016 CAF 300, [2017] 3 R.C.F. 263, au paragraphe 16; arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. BNSF Railway Company*, 2016 CAF 284, aux paragraphes 22 et 23. C'est le cas même si les parties ne soulèvent aucune préoccupation d'ordre juridictionnel : arrêt *McKittrick Properties Ltd. (Re)*, [1926] 4 D.L.R. 44, (1926), 59 O.L.R. 199 (C.A.); décision *Manie v. Ford (Town)* (1918), 14 O.W.N. 83 (H.C.), conf. par (1918), 15 O.W.N. 27 (C.A.). Si la Cour n'a pas la compétence d'attribution relativement à un appel, elle ne peut pas le trancher.

[40] Par conséquent, dès le départ, deux des trois avis d'appel —soit les dossiers A-479-14 et A-313-12 —doivent être annulés pour le motif d'absence de compétence.

[41] En vertu de l'article 79 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, les appels devant notre Cour sont rigoureusement limités. Ce n'est que lorsque la Cour fédérale a rendu une « décision » au sujet du caractère raisonnable du certificat aux termes de l'article 78 de la Loi qu'un appel peut être interjeté. Aux termes de l'article 79, « la décision » n'est susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale que si le juge « certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci ». Pour faire bonne mesure, l'article 79 précise que « les décisions interlocutoires ne sont pas susceptibles d'appel ».

[42] En l'espèce, la Cour fédérale a certifié une seule question soumise à l'examen de notre Cour. Ses motifs concernant la délivrance du certificat de sécurité figurent dans la décision portant le numéro de référence 2014 CF 200. La question qu'elle a certifiée concernait l'une des questions en litige liées au jugement de la Cour fédérale selon lequel le certificat était raisonnable (2013

[43] The certified question is as follows:

Do Part 1, Division 4, Sections 33 and 34, and Part 1, Division 9 of the IRPA, as well as sections 4, 6 and 7(3) of *An Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act* breach section 7 of the Charter by denying the named person [here, Mr. Mahjoub] the right to a fair hearing? If so, are the provisions justified under section 1?

[44] This is a valid question. Accordingly, the appeal from the Federal Court's reasonableness decision (file A-478-14) is properly before us.

[45] The notice of appeal in file A-313-12 was the subject of an earlier ruling in this Court. The ministers moved to strike the notice of appeal for want of jurisdiction due to the bar in section 79 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Mr. Mahjoub submitted, among other things, that the motion giving rise to the ruling concerning the loss of privilege arising from the comingling of documents had nothing to do with the determination of the reasonableness of the certificate. This Court declined to decide the matter by way of preliminary motion and left it for this panel to determine: *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FCA 218, 265 C.R.R. (2d) 259. This notice of appeal can be considered alongside the one in file A-479-14 as they are similarly situated.

[46] Both of these notices of appeal concern, in the words of section 79 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, "interlocutory decision[s] in the proceeding" arising under the *Immigration and Refugee Protection Act*. Section 79 prohibits them from being appealed.

[47] Therefore, I would dismiss the appeals in files A-479-14 and A-313-12 for want of jurisdiction.

CF 1092), une affaire dont la Cour est maintenant saisie dans le dossier A-478-14.

[43] La question certifiée est la suivante :

Les articles 33 et 34 de la partie 1, section 4 et la partie 1, section 9 de la LIRP ainsi que les articles 4 et 6 et le paragraphe 7(3) de la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence* contreviennent-ils à l'article 7 de la Charte en refusant à la personne visée [en l'occurrence M. Mahjoub] le droit à une audience équitable? Le cas échéant, les dispositions sont-elles justifiées au regard de l'article premier?

[44] Il s'agit d'une question légitime. En conséquence, l'appel à l'encontre de la décision sur le caractère raisonnable prise par la Cour fédérale nous est présenté de façon régulière (dossier A-478-14).

[45] L'avis d'appel dans le dossier A-313-12 a fait l'objet d'un jugement plus tôt devant notre Cour. Les ministres ont présenté une requête en radiation de l'avis d'appel pour défaut de compétence en raison de l'interdiction à l'article 79 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. M. Mahjoub a soutenu, entre autres, que la requête donnant lieu au jugement concernant la perte de privilège ressortant de l'amalgamation de documents n'avait rien à voir avec la décision sur le caractère raisonnable du certificat. La Cour a refusé de trancher l'affaire soulevée dans la requête préliminaire et a laissé à la présente formation le soin de rendre une décision : *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CAF 218. Le présent avis d'appel peut être examiné en même temps que celui touchant le dossier A-479-14 étant donné qu'ils sont similaires.

[46] Ces deux avis d'appel concernent, dans les termes mêmes de l'article 79 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, « les décisions interlocutoires » dans les instances découlant de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Selon l'article 79, elles ne sont pas susceptibles d'appel.

[47] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter les appels dans les dossiers A-479-14 et A-313-12 pour défaut de compétence.

[48] In the end, then, only one appeal properly remains before us: the appeal in file A-478-14 concerning the Federal Court’s reasonableness decision (2013 FC 1092).

(4) *The issues before this Court*

[49] As mentioned, the appeal in file A-478-14 arrives in this Court by way of a certified question. But the issues to be considered on appeal are not limited to those in the certified question.

[50] Once an appeal has been brought to this Court by way of certified question, this Court must deal with the certified question and all other issues that might affect the validity of the judgment under appeal: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 12; *Harkat (Re)*, 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635 [*Harkat*], at paragraph 6. The certification of a question “is the trigger by which an appeal is justified” and, once triggered, the appeal concerns “the judgment itself, not merely the certified question”: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, (1998), 160 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 25. Simply put, “once a case is to be considered by the Federal Court of Appeal, that Court is not restricted only to deciding the question certified”; instead, the Court may “consider all aspects of the appeal before it”: *Ramoutar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 370, (1993), 65 F.T.R. 32 (T.D.), at pages 379 and 380.

[51] The issues in the appeal in file A-478-14 are defined by the notice of appeal: *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 218, 141 C.P.R. (4th) 165, at paragraph 22. Originating documents such as this are to be construed in order to gain “a realistic appreciation” of their “essential character” by “reading [them] holistically and practically without fastening onto matters of form”: *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557, at paragraph 50.

[48] En fin de compte, nous sommes saisis d’un seul appel présenté de façon régulière : l’appel dans le dossier A-478-14 concernant la décision de la Cour fédérale sur la norme de la décision raisonnable (2013 CF 1092).

4) *Les questions soumises à la Cour*

[49] Tel qu’il a été mentionné, l’appel dans le dossier A-478-14 est présenté à la Cour au moyen d’une question certifiée. Cependant, les questions en litige dont on doit tenir compte en appel ne se limitent pas à celles figurant dans la question certifiée.

[50] Dès qu’un appel est présenté à la Cour par le biais d’une question certifiée, la Cour doit traiter de la question certifiée et de toutes les autres questions en litige qui pourraient avoir une incidence sur la validité du jugement dont il est fait appel : arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 12; arrêt *Harkat (Re)*, 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635 [*Harkat*], au paragraphe 6. Sans la certification d’une question, « l’appel ne serait pas justifié » et, une fois la question certifiée, l’appel concerne « le jugement lui-même, et non simplement la question certifiée » : arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au paragraphe 25. En termes simples, « lorsque la Cour d’appel fédérale doit examiner une affaire, elle n’est pas tenue de trancher uniquement la question certifiée »; la Cour peut plutôt « examiner tous les aspects de l’appel dont elle a été saisie » : décision *Ramoutar c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] 3 C.F. 370 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 379 et 380.

[51] Les questions en litige dans le cadre de l’appel dans le dossier A-478-14 sont définies par l’avis d’appel : arrêt *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limitée*, 2016 CAF 218, au paragraphe 22. Les actes introductifs d’instance comme celui en l’espèce doivent être interprétés afin de donner une « appréciation réaliste » de leur « nature essentielle » en nous « employant à en faire une lecture globale et pratique, sans [nous] attacher aux questions de forme », comme il est expliqué au paragraphe 50 de l’arrêt *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557.

[52] Mr. Mahjoub's notice of appeal clearly places in issue the validity of the Federal Court's decisions leading up to the judgment on the reasonableness of the certificate. Mr. Mahjoub alleges in his notice of appeal that the Federal Court's judgment on the reasonableness of the certificate "concerns or is linked" with the earlier decisions.

[53] Indeed it is. Just a few examples will illustrate this. If the Federal Court should have issued a permanent stay of proceedings in its earlier decisions (2013 FC 1095 and 2012 FC 669) on account of abuse of process or the violation of privilege arising from the commingling of documents, it could not have gone on to determine whether the certificate is reasonable. If the Federal Court wrongly decided (in its confidential reasons in 2013 FC 1093, and also in 2013 FC 1094 and 2013 FC 1096) to rely upon improperly-obtained evidence, for example by way of an improper warrant or unsourced intelligence, its conclusion that the certificate was reasonable may be vitiated. Finally, if the Federal Court wrongly dismissed certain constitutional challenges advanced by Mr. Mahjoub against the security certificate provisions (2013 FC 1097), the certificate must fall.

[54] Therefore, all issues raised by Mr. Mahjoub that potentially affect the Federal Court's determination that the certificate was reasonable are before us. In practical terms, this means that pretty much all of the issues determined in 2010 FC 989, 2012 FC 669, 2013 FC 1092, 2013 FC 1094, 2013 FC 1095, 2013 FC 1096, 2013 FC 1097 and another confidential matter (2013 FC 1093) are properly before this Court.

[55] All parties proceeded in this matter on this basis. Full argument was received on all issues.

#### D. Analysis

##### (1) *The standard of review*

[52] L'avis d'appel présenté par M. Mahjoub met clairement en litige la validité des décisions de la Cour fédérale précédant le jugement sur le caractère raisonnable du certificat. Dans son avis d'appel, M. Mahjoub allègue que le jugement de la Cour fédérale sur le caractère raisonnable du certificat, relativement aux décisions antérieures, [TRADUCTION] « les concerne ou y est relié ».

[53] C'est effectivement le cas. Voici quelques exemples. Si la Cour fédérale avait dû accorder une suspension permanente des procédures dans ses décisions antérieures (2013 CF 1095 et 2012 CF 669) aux motifs d'abus de procédure ou de la violation de privilèges découlant de l'amalgamation de documents, elle n'aurait pas pu poursuivre et décider si le certificat était raisonnable. Si la Cour fédérale avait décidé à tort (dans ses motifs confidentiels dans la décision portant le numéro de référence 2013 CF 1093, et aussi dans les décisions portant les numéros de référence 2013 CF 1094 et 2013 CF 1096), par exemple par le biais d'un mandat obtenu de façon irrégulière ou de renseignements dont la source n'est pas connue, de se fonder sur des éléments de preuve obtenus de façon irrégulière, sa conclusion selon laquelle le certificat était raisonnable pourrait être viciée. Finalement, si la Cour fédérale a rejeté à tort certaines contestations constitutionnelles mises de l'avant par M. Mahjoub à l'encontre des dispositions sur le certificat de sécurité (2013 CF 1097), le certificat doit être rejeté.

[54] Par conséquent, cela signifie que nous sommes saisis de toutes les questions soulevées par M. Mahjoub. Sur le plan pratique, cela signifie que la Cour est régulièrement saisie de pratiquement toutes les questions tranchées dans les décisions portant les numéros de référence 2010 CF 989, 2012 CF 669, 2013 CF 1092, 2013 CF 1094, 2013 CF 1095, 2013 CF 1096, 2013 CF 1097, et d'une autre affaire confidentielle (2013 CF 1093).

[55] Toutes les parties ont mené l'instance sur ce fondement. Elles ont présenté des arguments complets sur toutes les questions en litige.

#### D. Analyse

##### 1) *La norme de contrôle*

[56] The Supreme Court has confirmed that the standards of review set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 [*Houssen*] apply when this Court reviews the Federal Court's finding that a security certificate is reasonable: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33, at paragraphs 107–109.

[57] Therefore, for questions of law, questions of legal principle and questions of mixed fact and law where there are extricable questions of law or legal principle, the Federal Court shall be reviewed for correctness. On all other questions, particularly questions of fact, the Federal Court shall be reviewed for palpable and overriding error.

[58] Everyone knows what correctness review is: if there is error, this Court can substitute its opinion for that of the Federal Court. But not everyone knows what palpable and overriding error is.

[59] On occasion during argument, it became apparent that Mr. Mahjoub's view of what constitutes palpable and overriding error diverges from our own. As well, as will be seen, the high threshold for finding palpable and overriding error plays a significant role in this matter. Thus, at the outset of my analysis, I wish to say a few words about palpable and overriding error.

[60] In this case, many of Mr. Mahjoub's submissions focus on the Federal Court's fact-finding and its factually suffused application of legal standards to the facts, particularly on the issue of the reasonableness of the security certificate. These matters can only be reviewed for palpable and overriding error.

[61] Palpable and overriding error is a highly deferential standard of review: *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352, at paragraph 38; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401. When arguing palpable and overriding error,

[56] La Cour suprême a confirmé que les normes de contrôle exposées dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 [*Housen*], s'appliquent lorsque la Cour examine la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle un certificat de sécurité est raisonnable : arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33, aux paragraphes 107 à 109.

[57] Par conséquent, en ce qui concerne les questions de droit, les questions de règle de droit et les questions de droit et de fait comprenant des questions de droit ou de règle de droit facilement isolables, la Cour fédérale est assujettie à la norme de la décision correcte. Quant à toutes les autres questions, en particulier les questions de fait, la Cour fédérale est assujettie à la norme de l'erreur manifeste et dominante.

[58] Tous connaissent la norme de la décision correcte : s'il y a une erreur, la Cour peut substituer son opinion à celle de la Cour fédérale. Par contre, ce n'est pas tout le monde qui connaît la norme de l'erreur manifeste et dominante.

[59] À l'occasion pendant l'argumentation, il est devenu évident que le point de vue de M. Mahjoub sur ce qui constitue une erreur manifeste et dominante divergeait du nôtre. De plus, comme on le verra, le seuil élevé pour conclure à une erreur manifeste et dominante joue un rôle important dans la présente affaire. Ainsi, dès le début de mon analyse, je souhaite dire quelques mots au sujet de l'erreur manifeste et dominante.

[60] En l'espèce, un grand nombre des arguments de M. Mahjoub se concentrent sur la recherche de faits de la Cour fédérale et son application axée sur les faits des normes juridiques aux faits, en particulier sur la question du caractère raisonnable du certificat de sécurité. Ces affaires ne peuvent être assujetties qu'à la norme de l'erreur manifeste et dominante.

[61] La norme de l'erreur manifeste et dominante est une norme de contrôle qui commande une grande déférence : arrêts *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, au paragraphe 38, et *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401.

it is not enough to pull at leaves and branches and leave the tree standing. The entire tree must fall. See *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286 [*South Yukon*], at paragraph 46, cited with approval by the Supreme Court in *St-Germain*, above.

[62] “Palpable” means an error that is obvious. Many things can qualify as “palpable”. Examples include obvious illogic in the reasons (such as factual findings that cannot sit together), findings made without any admissible evidence or evidence received in accordance with the doctrine of judicial notice, findings based on improper inferences or logical error, and the failure to make findings due to a complete or near-complete disregard of evidence.

[63] But even if an error is palpable, the judgment below does not necessarily fall. The error must also be overriding.

[64] “Overriding” means an error that affects the outcome of the case. It may be that a particular fact should not have been found because there is no evidence to support it. If this palpably wrong fact is excluded but the outcome stands without it, the error is not “overriding”. The judgment of the first-instance court remains in place.

[65] There may also be situations where a palpable error by itself is not overriding but when seen together with other palpable errors, the outcome of the case can no longer be left to stand. So to speak, the tree is felled not by one decisive chop but by several telling ones.

[66] Often those alleging palpable and overriding error submit that a first-instance court forgot, ignored, misconceived or gave insufficient weight to evidence because it did not mention the evidence in its reasons. Before us, Mr. Mahjoub frequently makes that submission. But a

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 entier. Voir l’arrêt *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165 [*South Yukon*], au paragraphe 46, cité avec l’approbation de la Cour suprême dans l’arrêt *St-Germain*, précité.

[62] Par erreur « manifeste », on entend une erreur évidente. Bien des choses peuvent être qualifiées de « manifestes ». À titre d’exemples, mentionnons l’illogisme évident dans les motifs (notamment les conclusions de fait qui ne vont pas ensemble), les conclusions tirées sans éléments de preuve admissibles ou éléments de preuve reçus conformément à la doctrine de la connaissance d’office, les conclusions fondées sur des inférences erronées ou une erreur de logique, et le fait de ne pas tirer de conclusions en raison d’une ignorance complète ou quasi complète des éléments de preuve.

[63] Cependant, même si une erreur est manifeste, le jugement de l’instance inférieure ne doit pas nécessairement être infirmé. L’erreur doit également être dominante.

[64] Par erreur « dominante », on entend une erreur qui a une incidence déterminante sur l’issue de l’affaire. Il se peut qu’un fait donné n’aurait pas dû être tenu comme avéré parce qu’il n’existe aucun élément de preuve pour l’étayer. Si ce fait manifestement erroné est exclu, mais que la décision tient toujours sans ce fait, l’erreur n’est pas « dominante ». Le jugement du tribunal de première instance demeure.

[65] Il peut également y avoir des situations où une erreur manifeste en soi n’est pas dominante, mais lorsqu’on la prend en considération avec d’autres erreurs manifestes, la décision ne peut plus être maintenue. Pour ainsi dire, l’arbre est tombé non pas après un seul coup de hache déterminant, mais après plusieurs bons coups.

[66] Souvent, les personnes qui allèguent une erreur manifeste et dominante soutiennent que le tribunal de première instance a oublié, négligé d’examiner ou mal interprété la preuve ou ne lui a pas accordé suffisamment de poids parce que le tribunal n’a pas mentionné

non-mention in reasons does not necessarily lead to a finding of palpable and overriding error.

[67] For one thing, first-instance courts benefit from a rebuttable presumption that they considered and assessed all of the material placed before them: *Housen*, at paragraph 46.

[68] Further, when an appellate court considers a submission of palpable and overriding error, often it focuses on the reasons of the first-instance court. But its reasons are to be viewed in context and construed in light of both the evidentiary record before it and the submissions made to it: *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 35 and 55. Although the reasons may not mention a particular matter or a particular body of evidence, the evidentiary record and the context may shed light on why the first-instance court did what it did. They may also confirm that although a matter is not mentioned in the reasons, it was nevertheless within the court's contemplation and considered by it.

[69] Sometimes counsel submit that gaps in the reasons of the first-instance court show palpable and overriding error. In considering this sort of submission, appellate courts must remember certain realities about the craft of writing reasons. It is an imprecise art suffused by difficult judgment calls that cannot be easily second-guessed. This Court has described the task of a first-instance court drafting reasons in the following way:

Immersed from day-to-day and week-to-week in a long and complex trial such as this, trial judges occupy a privileged and unique position. Armed with the tools of logic and reason, they study and observe all of the witnesses and the exhibits. Over time, factual assessments develop, evolve, and ultimately solidify into a factual narrative, full of complex interconnections, nuances and flavour.

les éléments de preuve dans ses motifs. Devant nous, M. Mahjoub fait souvent cette prétention. Une non-mention dans les motifs ne mène pas nécessairement à une conclusion d'erreur manifeste et dominante.

[67] D'abord, les cours de première instance jouissent d'une présomption réfutable selon laquelle elles ont pris en considération et évalué tous les éléments dont elles disposent : arrêt *Housen*, au paragraphe 46.

[68] En outre, lorsqu'une cour d'appel examine une allégation d'erreur manifeste et dominante, elle se concentre souvent sur les motifs du tribunal de première instance. Cependant, ses motifs doivent être examinés en contexte et interprétés en fonction à la fois du dossier de preuve dont il disposait et des observations faites à cet égard : arrêt *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 35 et 55. Même si les motifs peuvent ne pas mentionner un sujet donné ou des éléments de preuve particuliers, le dossier de preuves et le contexte peuvent jeter un éclairage sur les raisons pour lesquelles le tribunal de première instance a fait ce qu'il a fait. Ils peuvent également confirmer que, même si un sujet n'est pas mentionné dans les motifs, il était néanmoins à la disposition du tribunal et ce dernier l'a examiné.

[69] Parfois, les avocats soutiennent que des lacunes dans les motifs du tribunal de première instance indiquent une erreur manifeste et dominante. En examinant ce genre d'observations, les cours d'appel doivent se rappeler certaines réalités de la rédaction de motifs. Il s'agit d'un art imprécis tributaire de jugements difficiles qui ne peuvent pas facilement faire l'objet d'une appréciation rétrospective. Notre Cour a décrit ainsi la tâche de rédaction des motifs d'un tribunal de première instance :

Les juges de première instance qui, jour après jour et semaine après semaine, sont plongés dans des procès longs et complexes comme c'est le cas en l'espèce, occupent une position unique et privilégiée. Armés des outils de la logique et de la raison, ils étudient et examinent tous les témoignages et toutes les pièces. Au fil du temps, une appréciation des faits se dégage, évolue et finalement prend la forme d'un récit factuel, plein d'interconnexions, de détails et de nuances complexes.



When it comes time to draft reasons in a complex case, trial judges are not trying to draft an encyclopedia memorializing every last morsel of factual minutiae, nor can they. They distill and synthesize masses of information, separating the wheat from the chaff and, in the end, expressing only the most important factual findings and justifications for them.

Sometimes appellants attack as palpable and overriding error the non-mention or scanty mention of matters they consider to be important. In assessing this, care must be taken to distinguish true palpable and overriding error on the one hand, from the legitimate by-product of distillation and synthesis or innocent inadequacies of expression on the other.

(*South Yukon*, above, at paragraphs 49–51.) These observations are particularly true in a case like this with a voluminous, complex and sprawling record scattered among numerous motions and proceedings.

[70] Palpable and overriding error is often best defined by describing what it is not. If an appellate court had a free hand, it might weigh the evidence differently and come to a different result. It might be inclined to draw different inferences or see different factual implications from the evidence. But these things, without more, do not rise to the level of palpable and overriding error.

[71] Another point of confusion among counsel in this area is the standard of review for exercises of discretion by the first-instance court.

[72] An exercise of discretion involves applying legal standards to the facts as found. For the purposes of the *Housen* framework that governs the appellate standards of review, exercises of discretion are questions of mixed fact and law: *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331, 402 D.L.R. (4th) 497, at paragraphs 28 and 71–72; *Decor Grates Incorporated v.*

Lorsque vient le temps de rédiger les motifs d’une cause complexe, les juges de première instance n’essaient pas de rédiger une encyclopédie où les plus petits détails factuels seraient consignés, et ils ne le peuvent d’ailleurs pas. Ils examinent minutieusement des masses de renseignements et en font la synthèse, en séparant le bon grain de l’ivraie, et en ne formulant finalement que les conclusions de fait les plus importantes et leurs justifications.

Parfois, des appelants soutiennent, en invoquant l’erreur manifeste et dominante, que les motifs ne mentionnent pas certaines questions qu’ils estiment importantes, ou ne le font que sommairement. Pour juger de la validité d’une telle prétention, il faut veiller à bien faire la différence entre l’erreur manifeste et dominante véritable, d’une part, et le sous-produit légitime de l’examen minutieux et de la synthèse ou les formulations inadéquates innocentes, d’autre part.

(Arrêt *South Yukon*, précité, aux paragraphes 49 à 51.) Ces observations sont particulièrement vraies dans un cas comme l’espèce qui comporte un dossier volumineux, complexe et étendu, dispersé dans de nombreuses requêtes et procédures.

[70] Souvent, l’erreur manifeste et dominante est mieux définie par une description de ce qu’elle n’est pas. Si une cour d’appel avait carte blanche, elle pourrait pondérer différemment les éléments de preuve et parvenir à un résultat différent. Elle pourrait être portée à tirer des inférences différentes ou à voir des implications factuelles différentes dans les éléments de preuve. Mais ces choses, sans plus, n’équivalent pas à l’erreur manifeste et dominante.

[71] Chez les avocats exerçant dans ce domaine, un autre point de confusion est la norme de contrôle concernant l’exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal de première instance.

[72] L’exercice du pouvoir discrétionnaire fait intervenir l’application de normes juridiques aux faits tels qu’on les trouve. Aux fins du cadre de l’arrêt *Housen* qui régit les normes de contrôle en appel, l’exercice du pouvoir discrétionnaire constitue une question de droit et de fait : arrêts *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331, aux paragraphes 28, 71 et 72; et

*Imperial Manufacturing Group Inc.*, 2015 FCA 100, [2016] 1 F.C.R. 246, at paragraph 18.

[73] Sometimes people are confused because not all questions of mixed fact and law are alike. Some questions of mixed fact and law are binary in nature. For example, the question whether on the facts a professional has fallen below the legal standard of care is a question of mixed fact and law that admits of only a yes or no answer. Other questions of mixed fact and law allow for a whole range of possible answers. For example, consider the question of remedy for an abuse of process, a question very much before us. Governed by the legal standards set out in the case law, a court has a range of remedial options available to it. In cases where questions of mixed fact and law give rise to that range, we tend to speak of the court as having discretion. But it is still a question of mixed fact and law for the purposes of the *Housen* framework that governs the appellate standards of review.

[74] Under the *Housen* framework, questions of mixed fact and law, including exercises of discretion, can be set aside only on the basis of palpable and overriding error—the high standard described above—unless an error on an extricable question of law or legal principle is present. So, for example, if an appellate court can discern some error in law or principle underlying the first-instance court’s exercise of discretion, it can reverse the exercise of discretion on account of that error. Another way of putting this is whether the discretion was “infected or tainted” by some misunderstanding of the law or legal principle: *Housen*, at paragraph 35.

[75] Having canvassed these basic principles of appellate review and viewing this matter—as this Court must—through the prism of the standards of review, I turn now to a general description of the nature of the

*Decor Grates Incorporated c. Imperial Manufacturing Group Inc.*, 2015 CAF 100, [2016] 1 R.C.F. 246, au paragraphe 18.

[73] Parfois, les gens sont confus parce que les questions de fait et de droit ne sont pas toutes semblables. Certaines questions de droit et de fait sont de nature binaire. Par exemple, en se fondant sur les faits, la question de savoir si un professionnel n’a pas respecté la norme juridique de diligence applicable est une question de droit et de fait mixte à laquelle on ne peut répondre que par oui ou par non. D’autres questions de droit et de fait mixtes permettent tout un éventail de réponses possibles. Par exemple, prenons la question de réparations dans le cas d’un abus de procédure, une question très concrète en l’espèce. Régi par les normes juridiques exposées dans la jurisprudence, un tribunal dispose d’un éventail d’options en matière de réparation. Dans les affaires où des questions mixtes de droit et de fait donnent lieu à cette gamme d’options, nous avons tendance à dire que le tribunal jouit d’un pouvoir discrétionnaire. Par contre, cela demeure une question mixte de droit et de fait aux fins du cadre de la jurisprudence *Housen* qui régit les normes de contrôle en appel.

[74] En vertu de la jurisprudence *Housen*, les questions mixtes de droit et de fait, y compris l’exercice du pouvoir discrétionnaire, peuvent être annulées uniquement aux motifs d’une erreur manifeste et dominante — le seuil élevé décrit plus haut —, à moins qu’une erreur à l’égard d’une question de droit ou de règle de droit isolable ne soit présente. Donc, par exemple, si un tribunal d’appel peut discerner une erreur de droit ou de règle de droit sous-tendant l’exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal de première instance, il peut renverser l’exercice du pouvoir discrétionnaire aux motifs de cette erreur. En d’autres termes, il s’agit de savoir si le pouvoir discrétionnaire était « entaché ou vicié » d’une méconnaissance de la loi ou de la règle de droit : arrêt *Housen*, au paragraphe 35.

[75] Ayant examiné ces principes de base du contrôle en appel et étudiant la présente question — comme doit le faire la Cour — sous l’optique des normes de contrôle, je passe maintenant à une description générale

submissions made in this Court. I also offer an overall assessment of the Federal Court's decisions in this matter.

(2) *Applying the standard of review: a summary conclusion*

[76] In the Federal Court, Mr. Mahjoub advanced dozens of legal issues, large and small. Except on one occasion, the Federal Court did not err in law or in legal principle. On that one occasion, the Federal Court did err—but, as we shall see, it erred in Mr. Mahjoub's favour.

[77] Further, the Federal Court did not commit palpable and overriding error.

[78] Thus, there are no grounds for this Court to interfere with the Federal Court's decision. As a matter of law, its decision must stand.

[79] In this Court, Mr. Mahjoub frequently invites this Court to reassess and reweigh the evidence before the Federal Court and to substitute its fact-finding and exercises of discretion for that of the Federal Court: see, e.g., paragraphs 12–15, 15.2–15.3, 50–53 and 67 of Mr. Mahjoub's memorandum of fact and law. Sometimes he asks this Court to draw factual inferences the Federal Court declined to draw (see e.g., *ibid.*, at paragraph 19), to find more prejudice on the facts than the Federal Court was willing to find (see, e.g., *ibid.*, at paragraph 20), to assume the Federal Court disregarded evidence that it did not mention (see, e.g., *ibid.*, at paragraphs 45 and 69), to allege the Federal Court misconceived evidence in order to encourage this Court to substitute its own factual finding for that of the Federal Court (see, e.g., *ibid.*, at paragraphs 48, 55, 64–65 and 69), and to challenge credibility findings (see, e.g., *ibid.*, at paragraph 87).

de la nature des arguments présentés à la Cour. J'offre également une évaluation globale des décisions de la Cour fédérale dans la présente affaire.

2) *Appliquer la norme de contrôle : une conclusion sommaire*

[76] Devant la Cour fédérale, M. Mahjoub a fait valoir des douzaines de questions juridiques, petites et grandes. Sauf en une occasion, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur de droit ou touchant à la règle de droit. Lors de cette seule occasion, la Cour fédérale a commis une erreur — mais, comme nous le verrons, elle a commis une erreur en faveur de M. Mahjoub.

[77] En outre, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante.

[78] Ainsi, il n'existe aucun motif pour la Cour d'intervenir dans la décision de la Cour fédérale. Sur le plan du droit, sa décision doit être maintenue.

[79] Devant notre Cour, M. Mahjoub invite souvent la Cour à réévaluer et à soupeser à nouveau les éléments de preuve dont la Cour fédérale était saisie et à substituer sa recherche des faits et l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à celui de la Cour fédérale : à titre d'exemple, voir les paragraphes 12 à 15, 15.2 et 15.3, 50 à 53 et 67 du mémoire des faits et du droit de M. Mahjoub. Parfois, il demande à la Cour de tirer des inférences factuelles que la Cour fédérale a refusé de tirer (à titre d'exemple, voir *ibid.*, au paragraphe 19), afin de conclure à un préjudice plus grand selon les faits que celui auquel la Cour fédérale était prête à conclure (à titre d'exemple, voir *ibid.*, au paragraphe 20), à présumer que la Cour fédérale a négligé d'examiner les éléments de preuve qu'elle n'a pas mentionnés (à titre d'exemple, voir *ibid.*, aux paragraphes 45 et 69), à alléguer que la Cour fédérale a mal interprété des éléments de preuve afin d'encourager la Cour à substituer sa propre conclusion factuelle à celle de la Cour fédérale (à titre d'exemple, voir *ibid.*, aux paragraphes 48, 55, 64 et 65 et 69), et à contester les conclusions quant à la crédibilité (à titre d'exemple, voir *ibid.*, au paragraphe 87).

[80] The invitations must be declined. They tempt us to travel down a road the law forbids to us. Unless we see legal error, the only road we can travel is one in the direction of palpable and overriding error.

[81] For the benefit of others who one day may have to decide a case as complex as this and who seek guidance, the Federal Court's seven sets of reasons—1 021 pages and 2 160 paragraphs of tightly-written, crystal-clear reasons—are a model worthy of study and emulation, an example of the execution of the judicial craft at its finest. Repeatedly and without unnecessary duplication, the Federal Court set out its methodology for fact-finding on each particular issue before it, the admissibility of evidence relevant to each issue, and its assessments of credibility and weight. Its factual conclusions, clearly and firmly expressed, relate directly to the legal tests supplied by the governing law. Even-handedness, neutrality, logic and clinical analysis were on display throughout. See, for example, the searching examination, lucid discussion, and fair rejection of a number of the allegations and evidence offered by the ministers: 2013 FC 1092, at paragraphs 218–228, 230–231, 248–252, 254–259, 262, 268–269, 292, 294–295, 447, 450, 452–454, 456–457, 501–503, 528, 574–583, 595–596, 599, 600, 609, 614 and 615.

[82] To be sure though, in no way does this play into this Court's task in these appeals. When an appellant persuades this Court that a judgment must be quashed on account of legal error or palpable and overriding error, magnificently crafted reasons and otherwise-stellar judicial method count for naught: the responsibility of this Court is to quash the judgment. But here, as I have said, there is no legal error, other than the one instance that favoured Mr. Mahjoub, and there is no palpable and overriding error.

(3) *The reasonableness of the security certificate*

[80] Il faut refuser ces invitations. Elles nous incitent à emprunter une voie que la loi nous interdit. À moins que nous constatons une erreur juridique, la seule voie que nous pouvons emprunter est celle de l'erreur manifeste et dominante.

[81] À l'intention d'autres qui, un jour, pourraient devoir trancher une affaire aussi complexe que la présente et qui cherchent une orientation, les sept ensembles de motifs de la Cour fédérale — 1 021 pages et 2 160 paragraphes de motifs concis, parfaitement clairs — constituent un modèle qui mérite d'être étudié et émulé, un exemple de l'exécution de l'art judiciaire à son meilleur. À maintes reprises et sans chevauchement inutile, la Cour fédérale a établi sa méthodologie de recherche des faits à l'égard de chaque question précise dont elle était saisie, l'admissibilité des éléments de preuve pertinents à chaque question en litige et ses appréciations de la crédibilité et de l'importance de la preuve. Ses conclusions factuelles, exprimées de façon claire et ferme, se rapportent directement aux critères juridiques fournis par la loi habilitante. On retrouvait dans tous les motifs l'impartialité, la neutralité, la logique et l'analyse clinique. Par exemple, voir l'examen poussé, la discussion lucide et le rejet équitable de plusieurs allégations et éléments de preuve offerts par les ministres : 2013 CF 1092, aux paragraphes 218 à 228, 230 et 231, 248 à 252, 254 à 259, 262, 268 et 269, 292, 294 et 295, 447, 450, 452 à 454, 456 et 457, 501 à 503, 528, 574 à 583, 595 et 596, 599, 600, 609, 614 et 615.

[82] À coup sûr, cela n'intervient nullement dans la tâche de la Cour dans le cadre de ces appels. Lorsqu'un appellant réussit à convaincre la Cour qu'un jugement doit être cassé aux motifs d'une erreur juridique ou d'une erreur manifeste et dominante, les motifs superbement rédigés et la méthode judiciaire par ailleurs stellaire ne valent rien : la responsabilité de la Cour est de casser le jugement. Par contre, en l'espèce, comme je l'ai dit, il n'y a aucune erreur juridique, si ce n'est un cas en faveur de M. Mahjoub, et il n'y a aucune erreur manifeste et dominante.

3) *Caractère raisonnable du certificat de sécurité*

[83] In considering the reasonableness of the security certificate, the Federal Court had much evidence before it, both from open proceedings and closed proceedings. However, it was of the view that its ruling on the reasonableness of the certificate could be based largely on testimony received in open court and from other open, available sources—not evidence whose admissibility was subject to legal challenge. As can be seen from the following summary of facts and the citations supporting them, this is very much the case.

[84] The overall task of the Federal Court was to determine “whether the certificate is reasonable” and to “quash the certificate if [the Court] determines that it is not”: *Immigration and Refugee Protection Act*, section 78.

[85] As mentioned at the outset of these reasons, several section 34 grounds for inadmissibility were set out in the security certificate. The grounds are read disjunctively; if any one ground is established, the certificate is reasonable: *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163 [*Almrei (Re)*], at paragraph 59. Under section 33 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, the facts that constitute inadmissibility include “facts arising from omissions and ... include facts for which there are reasonable grounds to believe that they have occurred, are occurring or may occur.” In this case, the Federal Court found that two grounds for inadmissibility were established.

[86] In this Court, Mr. Mahjoub submits that the security certificate was not reasonable. He submits that the Federal Court erred in identifying the legal standard for reasonableness. He also submits that the certificate is unreasonable on the evidence.

(a) The legal standard for reasonableness

[87] Mr. Mahjoub submits that each fact alleged by the ministers in the security certificate must be proven

[83] En examinant le caractère raisonnable du certificat de sécurité, la Cour fédérale disposait de beaucoup d'éléments de preuve, provenant tant des procédures ouvertes au public que des procédures à huis clos. Cependant, elle était d'avis que son jugement quant au caractère raisonnable du certificat pouvait se fonder en grande partie sur les témoignages reçus lors des audiences publiques et d'autres sources publiques, disponibles — non pas des éléments de preuve dont l'admissibilité faisait l'objet d'une contestation juridique. Comme on peut le constater d'après le résumé suivant des faits et les références qui les étayent, c'est vraiment le cas.

[84] La tâche globale de la Cour fédérale consistait à décider « du caractère raisonnable du certificat » et à « l'annule[r] s'il [le juge] ne [pouvait] conclure qu'il [était] raisonnable » : *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, article 78.

[85] Tel qu'il est indiqué au début des présents motifs, plusieurs motifs d'interdiction de territoire liés à l'article 34 étaient exposés dans le certificat de sécurité. Les motifs sont lus de façon disjonctive; si un des motifs est établi, le certificat est raisonnable : décision *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163 [*Almrei (Re)*], au paragraphe 59. En vertu de l'article 33 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, les faits qui constituent une interdiction de territoire comprennent les « faits — actes ou omissions — [...] appréciés sur la base de motifs raisonnables de croire qu'ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir ». En l'espèce, la Cour fédérale a conclu que deux motifs d'interdiction de territoire avaient été établis.

[86] Devant notre Cour, M. Mahjoub soutient que le certificat de sécurité n'était pas raisonnable. Il soutient que la Cour fédérale a commis une erreur en déterminant la norme juridique requise eu égard au caractère raisonnable. Il soutient également que le certificat n'est pas raisonnable compte tenu des éléments de preuve.

a) La norme juridique requise eu égard au caractère raisonnable

[87] M. Mahjoub soutient que chaque fait allégué par les ministres dans le certificat de sécurité doit être établi

on the balance of probabilities and then holistically assessed as to whether the facts so proven constitute reasonable grounds to believe.

[88] The Federal Court did not accept this submission (2013 FC 1092, at paragraphs 41–44) and neither do I. Each fact alleged that establishes inadmissibility need only be proven on a standard of “reasonable grounds to believe”. This follows from *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100 [*Mugesera*], at paragraphs 114–116 and *Charkaoui I*, above, at paragraph 39.

[89] The reasonable grounds to believe standard “requires the judge to consider whether ‘there is an objective basis [for the belief] ... which is based on compelling and credible information’”: *Charkaoui I*, at paragraph 39, citing *Mugesera*, above, at paragraph 114. This is “something more than mere suspicion, but less than the standard applicable in civil matters of proof on the balance of probabilities”: *Mugesera*, at paragraph 114. If the “preponderance of the evidence” is contrary to the version of the facts alleged by the Minister, the security certificate cannot be upheld as reasonable: *Jaballah (Re)*, 2010 FC 79, [2011] 2 F.C.R. 145, at paragraph 45; *Almrei (Re)*, above. The Federal Court followed this jurisprudence and applied the substantive standards prescribed by it.

[90] I also agree with the reasons of the Federal Court on the meaning of the grounds of inadmissibility set out in paragraphs 34(1)(d) and 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, the two grounds on which the Federal Court found the certificate to be reasonable: 2013 FC 1092, at paragraphs 50–66 and 673. These two grounds are danger to the security of Canada and membership in organizations that engaged in subversion by force and terrorism. However, some specific submissions Mr. Mahjoub makes concerning these two grounds should be examined more closely.

[91] Mr. Mahjoub submits that the Federal Court applied too broad a definition of “membership” for the

selon la prépondérance des probabilités, puis être évalué de façon globale pour savoir si les faits ainsi établis constituent des motifs raisonnables de croire.

[88] La Cour fédérale n’a pas accepté cet argument (2013 CF 1092, aux paragraphes 41 à 44) et je ne l’accepte pas non plus. Chaque fait allégué qui établit l’interdiction de territoire doit seulement être établi selon une norme des « motifs raisonnables de croire ». Cela découle de l’arrêt *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100 [*Mugesera*], aux paragraphes 114 à 116, et de l’arrêt *Charkaoui I*, précité, au paragraphe 39.

[89] La norme des motifs raisonnables de croire « exige que le juge se demande s’il existe “un fondement objectif [de croire] reposant sur des renseignements concluants et dignes de foi” » : arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 39, citant l’arrêt *Mugesera*, précité, au paragraphe 114. C’est-à-dire que cette norme exige « davantage qu’un simple soupçon, mais rest[e] moins stricte que la prépondérance des probabilités applicable en matière civile » : arrêt *Mugesera*, au paragraphe 114. Si la « prépondérance de la preuve » infirme la version des faits allégués du ministre, le certificat de sécurité ne peut être jugé raisonnable : décision *Jaballah (Re)*, 2010 CF 79, [2011] 2 R.C.F. 145, au paragraphe 45; décision *Almrei (Re)*, précitée. La Cour fédérale a suivi cette jurisprudence et a appliqué les normes substantielles qu’elle prescrit.

[90] Je souscris aussi aux motifs de la Cour fédérale quant au reste des motifs d’interdiction de territoire exposés aux alinéas 34(1)(d) et 34(1)(f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, les deux motifs à l’égard desquels la Cour fédérale a conclu que le certificat est raisonnable : 2013 CF 1092, aux paragraphes 50 à 66 et 673. Ces deux motifs sont le danger pour la sécurité du Canada et le fait d’être membre d’organisations qui ont commis des actes visant au renversement par la force et qui se sont livrées au terrorisme. Cependant, certains arguments précis que présente M. Mahjoub au sujet de ces deux motifs devraient être examinés de plus près.

[91] M. Mahjoub soutient que la Cour fédérale a appliqué une trop vaste définition du terme « membre »

purposes of paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. I reject this.

[92] Terrorist organizations do not issue membership cards or keep membership lists. Thus, as the Federal Court found (2013 FC 1092, at paragraph 63), formal membership, in the sense understood for lawful organizations, is not required. Rather, certain activities that materially support a terrorist group's objectives, such as providing funds, providing false documents, recruiting or sheltering persons, can be evidence of membership in a terrorist organization even though the activities do not directly link to terrorist violence.

[93] Mr. Mahjoub also submits that there must be some evidence of an "intention to participate or contribute" to an organization. I reject this.

[94] Paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act* does not specify a mental element that must be satisfied for membership; on its face it merely sets out the status of membership, nothing more.

[95] In any event, the Federal Court found that Mr. Mahjoub had a mental element of membership: he had "an institutional link with [Al Jihad] and knowingly participated in that organization" and there were reasonable grounds to believe "he knew about [the terrorist] training" at a Sudanese farm where he worked and was "complicit" in it. See 2013 FC 1092, at paragraphs 483, 504, 628–632.

[96] The appellant also submits that under paragraph 34(1)(f) the person named in a security certificate must have been involved in the terrorist activity of the organization before the person can be found to be a member. I also reject this.

[97] Involvement in acts of terrorism is a ground set out in paragraph 34(1)(c), a ground that, in the end, the Federal Court did not rely upon in this case. To require

aux fins de l'alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Je rejette cette prétention.

[92] Les organisations terroristes n'émettent pas de cartes de membre et ne tiennent pas de listes des membres. Ainsi, comme l'a conclu la Cour fédérale (2013 CF 1092, au paragraphe 63), le titre de membre officiel, au sens entendu en ce qui concerne les organisations légitimes, n'est pas requis. Au contraire, certaines activités qui appuient de façon importante les objectifs d'un groupe terroriste, notamment la fourniture de fonds, la fourniture de faux documents, le recrutement ou l'hébergement de personnes, peuvent constituer des preuves de participation à une organisation terroriste, même si les activités ne sont pas directement liées à la violence terroriste.

[93] M. Mahjoub soutient également qu'il doit exister certains éléments de preuve d'une « intention de participer ou de contribuer » à une organisation. Je rejette cette prétention.

[94] L'alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ne précise pas un élément mental qui doit être satisfait pour être membre; en soi, il ne fait qu'exposer le statut de membre, rien de plus.

[95] Quoi qu'il en soit, la Cour fédérale a conclu que M. Mahjoub présentait un élément mental de la qualité de membre : il avait « un lien institutionnel avec [Al Jihad] et [...] il a sciemment participé aux activités de l'organisation » et il y avait des motifs raisonnables de croire « que [le terroriste] était au courant de cet entraînement » qui se donnait dans une ferme au Soudan où il travaillait et qu'il en était « complice ». Voir 2013 CF 1092, aux paragraphes 483, 504, 628 à 632.

[96] L'appelant soutient aussi qu'en vertu de l'alinéa 34(1)f), la personne visée dans un certificat de sécurité doit avoir participé à l'activité terroriste de l'organisation avant que l'on puisse conclure qu'elle en est membre. Je rejette aussi cette prétention.

[97] La participation à des actes terroristes constitue un motif exposé à l'alinéa 34(1)c), motif sur lequel, en fin de compte, la Cour fédérale ne s'est pas fiée en l'espèce.

acts of terrorism before membership can be found in paragraph 34(1)(f) would make this paragraph and others in subsection 34(1) redundant: *Kanagendren v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 86, [2016] 1 F.C.R. 428, at paragraphs 20–26.

[98] Thus, overall, the Federal Court properly identified the standard to be applied in determining the reasonableness of the certificate and properly understood the grounds for inadmissibility under section 34 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. There are no grounds to interfere on these bases.

- (b) The facts found by the Federal Court relating to the reasonableness of the security certificate

[99] As mentioned above, the Federal Court found that there were reasonable grounds to believe that two inadmissibility grounds were present: paragraph 34(1)(d) (danger to the security of Canada) and paragraph 34(1)(f) (membership in two organizations that engaged in subversion by force and terrorism).

[100] The Federal Court found that there were reasonable grounds to believe that Mr. Mahjoub was a danger to the security of Canada within the meaning of paragraph 34(1)(d) by virtue of his continuing contact with terrorists: 2013 FC 1092, at paragraph 673. It also found that there were reasonable grounds to believe that Mr. Mahjoub was a member of Al Jihad and the Vanguard of Conquest, two organizations that engaged in subversion by force and terrorism within the meaning of paragraph 34(1)(f): *ibid.*

[101] The facts as found by the Federal Court amply demonstrate the reasonableness of the security certificate on these grounds.

[102] Most of the facts found by the Federal Court are based on testimony received in open court and from other open, available sources—news articles, periodicals,

Exiger que des actes terroristes soient commis avant que l'on puisse conclure que la personne est membre au sens de l'alinéa 34(1)(f) rendrait cet alinéa et d'autres alinéas du paragraphe 34(1) redondants : arrêt *Kanagendren c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 86, [2016] 1 R.C.F. 428, aux paragraphes 20 à 26.

[98] Ainsi, dans l'ensemble, la Cour fédérale a correctement déterminé la norme à appliquer pour décider du caractère raisonnable du certificat et a correctement compris les motifs pour l'interdiction de territoire en vertu de l'article 34 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Il n'existe aucun motif d'intervenir compte tenu de ces fondements.

- b) Les faits constatés par la Cour fédérale eu égard au caractère raisonnable du certificat de sécurité

[99] Comme nous l'avons mentionné précédemment, la Cour fédérale a conclu qu'il existait des motifs raisonnables de croire que deux motifs d'interdiction de territoire étaient présents : alinéa 34(1)(d) (danger pour la sécurité du Canada) et alinéa 34(1)(f) (membre de deux organisations qui ont commis des actes visant au renversement par la force et qui se sont livrées au terrorisme).

[100] La Cour fédérale a conclu qu'il existait des motifs raisonnables de croire que M. Mahjoub constituait un danger pour la sécurité du Canada au sens de l'alinéa 34(1)(d) du fait de ses contacts continus avec des terroristes : 2013 CF 1092, au paragraphe 673. Elle a aussi conclu qu'il existait des motifs raisonnables de croire que M. Mahjoub était membre d'Al Jihad et de l'Avant-garde de la Conquête, deux organisations qui ont commis des actes visant au renversement par la force et qui se sont livrées au terrorisme au sens de l'alinéa 34(1)(f) : *ibid.*

[101] Les faits constatés par la Cour fédérale démontrent amplement le caractère raisonnable du certificat de sécurité à l'égard de ces motifs.

[102] La plupart des faits constatés par la Cour fédérale se fondent sur les témoignages reçus lors d'audiences publiques et sur d'autres sources publiques disponibles —



books, encyclopaedias, online database entries, publications of non-governmental organizations, think tank publications, and both foreign and Canadian government publications. These materials are of the sort often used in immigration proceedings. The Federal Court specifically held these materials to be reliable in this case, in part based on the expert testimony before it. The Federal Court was sensitive also to the weight that should be accorded to the materials and examined them on an individual basis. See generally, 2013 FC 1092, at paragraphs 94–106. Expert testimony, used to some extent in the Court’s analysis, and other testimony, used less, was carefully assessed for credibility: see, e.g., 2013 FC 1092, at paragraphs 124–135 and 139–171.

[103] Other evidence relied upon in support of many of the facts included documentary evidence and physical evidence found in the possession of Mr. Mahjoub when he was arrested.

[104] To the Federal Court, this was “the most reliable evidence adduced by the Ministers”: 2013 FC 1092, at paragraph 93. It was significant too—it formed the basis of several findings that linked Mr. Mahjoub to known terrorists and established his membership in terrorist groups: 2013 FC 1092, at paragraphs 271, 274, 308 and 668–669.

[105] The Federal Court also relied upon secret or closed evidence, primarily documents known as Bibliographic Reference System (BRS) and other intelligence reports but only after a careful assessment of their weight: see, e.g., 2013 FC 1092, at paragraphs 107–122. However, in the end result it found very little of this evidence necessary.

[106] The Federal Court was also extremely solicitous about the use of much of the closed evidence. In accordance with the *Immigration and Refugee Protection*

articles de journaux, magazines, livres, encyclopédies, entrées de bases de données en ligne, publications d’organismes non gouvernementaux, publications de groupes de réflexion et publications du gouvernement canadien et de gouvernements étrangers. Ce sont des documents souvent utilisés dans le cadre de procédures d’immigration. La Cour fédérale a précisément conclu que ces documents sont fiables en l’espèce, en partie du fait de témoignages d’experts devant elle. La Cour fédérale était également sensible au poids qu’elle devrait accorder aux documents et elle les a examinés individuellement. Voir de façon générale, 2013 CF 1092, aux paragraphes 94 à 106. Les témoignages d’experts, utilisés dans une certaine mesure dans l’analyse de la Cour, et d’autres témoignages, moins utilisés, ont été évalués minutieusement aux fins de la crédibilité : à titre d’exemple, voir la référence 2013 CF 1092, aux paragraphes 124 à 135 et 139 à 171.

[103] D’autres éléments de preuve sur lesquels la Cour fédérale s’est fondée comprenaient des éléments de preuve documentaire et des éléments de preuve matérielle trouvés en la possession de M. Mahjoub au moment de son arrestation.

[104] Pour la Cour fédérale, cela constituait « les éléments de preuve les plus fiables parmi ceux présentés par les ministres » : 2013 CF 1092, au paragraphe 93. Ils étaient aussi importants — ils formaient le fondement de plusieurs constatations qui reliaient M. Mahjoub à des terroristes connus et qui établissaient qu’il était membre de groupes terroristes : 2013 CF 1092, aux paragraphes 271, 274, 308, 668 et 669.

[105] La Cour fédérale s’est également fondée sur des éléments de preuve secrets ou présentés à huis clos, principalement des documents connus sous le nom de système de références bibliographiques (SRB) et d’autres rapports de renseignements, mais seulement après une minutieuse appréciation de leur poids : à titre d’exemple, voir 2013 CF 1092, aux paragraphes 107 à 122. Toutefois, en fin de compte, elle a jugé que très peu de ces éléments de preuve étaient nécessaires.

[106] La Cour fédérale a été extrêmement soucieuse de l’utilisation de la majeure partie des éléments de preuve présentés à huis clos. Conformément à la *Loi*

*Act*, it excluded closed evidence for which there are reasonable grounds to believe the evidence was obtained from torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment: orders dated June 9, 2010 and August 31, 2010 in file DES-7-08. Similarly, in another order dated June 19, 2012 in file DES-7-08, the Federal Court excluded BRS reports concerning conversations to which Mr. Mahjoub was not privy, in accordance with this Court's decision in *Harkat*, above. It also refused to rely on information tendered in private from human sources in support of the ministers' claims.

[107] The following is a summary of the evidence the Federal Court relied upon to support the reasonableness of the security certificate.

[108] Two terrorist organizations play a central role in this factual summary: Al Jihad and the Vanguard of Conquest. A third—Al Qaeda—lurks amongst them.

[109] First, Al Jihad. Overall, the Federal Court found that the evidence of Al Jihad's involvement in the subversion by force of the government of Egypt and terrorism, "including acts of terrorism resulting in the deaths of civilians", was "overwhelming [and] compelling": 2013 FC 1092, at paragraphs 178–182; testimony of professors and open source evidence.

[110] Al Jihad is "a militant Egyptian Sunni Islamist organization with a blind cell structure and a strict policy of secrecy" that is involved in terrorism: 2013 FC 1092, at paragraph 178; testimony of Professor F. Gerges. In 1998, it became part of the "World Islamic Front for the Destruction of Jews and Crusaders": 2013 FC 1092, at paragraph 180; testimony of Professor Wark; publication called *Al-Quds al'-Arabi*. Al Jihad was in part responsible for the assassination of Egyptian President Anwar Sadat in October 1981 and was fully responsible for terrorism against other public officials, including

*sur l'immigration et la protection des réfugiés*, elle a exclu les éléments de preuve présentés à huis clos à l'égard desquels il existait des motifs raisonnables de croire que ceux-ci avaient été obtenus par la torture ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants : ordonnances du 9 juin 2010 et du 31 août 2010 dans le dossier DES-7-08. De même, dans une autre ordonnance du 19 juin 2012 dans le dossier DES-7-08, la Cour fédérale a exclu les rapports du SRB concernant les conversations auxquelles M. Mahjoub n'a pas participé, se conformant ainsi à la décision de notre Cour dans l'arrêt *Harkat*, précité. Elle a également refusé de se fonder sur des renseignements présentés en privé par des sources humaines à l'appui des allégations des ministres.

[107] Voici un résumé des éléments de preuve sur lesquels la Cour fédérale s'est fondée pour étayer le caractère raisonnable du certificat de sécurité.

[108] Deux organisations terroristes jouent un rôle central dans ce résumé factuel : Al Jihad et l'Avant-garde de la Conquête. Une troisième — Al-Qaïda — se dissimule parmi elles.

[109] Tout d'abord, Al Jihad. Dans l'ensemble, la Cour fédérale a conclu que les éléments de preuve concernant la participation d'Al Jihad au renversement par la force du gouvernement de l'Égypte et à des actes de terrorisme, « y compris des actes terroristes ayant causé la mort de civils », étaient « accablants [et] probants » : 2013 CF 1092, aux paragraphes 178 à 182; témoignages de professeurs et éléments de preuve de sources publiques.

[110] Al Jihad est « une organisation islamique sunnite militante égyptienne, organisée en cellules isolées les unes des autres et appliquant une politique stricte de secret » qui se livre au terrorisme : 2013 CF 1092, au paragraphe 178; témoignage du professeur F. Gerges. En 1998, elle est devenue partie intégrante du « Front islamique international pour la destruction des juifs et des croisés » : 2013 CF 1092, au paragraphe 180; témoignage du professeur Wark; publication intitulée *Al-Quds al'-Arabi*. Al Jihad a été en partie responsable de l'assassinat du président de l'Égypte, Anouar el-Sadate,

car bombings, attacks on embassies, and so on: 2013 FC 1092, at paragraph 179; testimony of Professor Byman; testimony of M. Guay; *Al-Hayah* newspaper, August 9, 1998.

[111] Al Jihad also existed “as an independent entity or closely associated with Al Qaeda” or, put another way, they were “overlapping organizations” that “engaged in terrorism and subversion related activities”: 2013 FC 1092, at paragraphs 180, 182, 464, 593 and 622. In the view of some, it was a “carbon copy” of Al Qaeda and adopted Al Qaeda’s structure: 2013 FC 1092, at paragraph 180; testimony of Professor Gerges. Al Qaeda is culpable for the 1998 U.S. Embassy bombings in Tanzania and Kenya, the bombing of the *USS Cole* in Yemen, the September 11, 2001 attacks in the United States, the 2002 Bali bombings, and other acts of terror.

[112] One of the contributions of Al Jihad to the terrorist repertoire—later adopted by Al Qaeda—was the idea of having two explosions, the first a small one that would kill few but draw uninjured, curious people to their windows to see what happened, the second, a bigger one designed to kill or maim them. See 2013 FC 1092, at paragraph 180; testimony of Professor Gerges; Lawrence Wright, *The Looming Tower: Al-Qaeda and the Road to 9/11* (New York: Vintage, 2006).

[113] Al Jihad “trained in a cell structure in the late 1980s and early 1990s” and “conducted violent attacks on Egyptian officials and embassies” under the leadership and “dictatorial rule” of Dr. Ayman Al Zawahiri: 2013 FC 1092, at paragraphs 178 and 187; testimony of Professor Gerges. Dr. Al Zawahiri is a member or senior official of radical Islamist organizations which have orchestrated and carried out terrorist attacks around the world, one of the founders of Al Qaeda, and the current leader of Al Qaeda: 2013 FC 1092, at paragraph 464. Dr. Al Zawahiri has also warned of 9/11-style

en octobre 1981, et totalement responsable d’actes de terrorisme contre d’autres dirigeants publics, y compris des attentats à la voiture piégée, des attaques contre des ambassades, et bien d’autres : 2013 CF 1092, au paragraphe 179; témoignage du professeur Byman; témoignage de M. Guay; journal *Al-Hayah*, 9 août 1998.

[111] Al Jihad était aussi « une entité soit indépendante soit étroitement liée à Al-Qaïda » ou, autrement dit, ces « organisations qui se chevauchaient » se « livraient à des actes de terrorisme et de subversion » : 2013 CF 1092, aux paragraphes 180, 182, 464, 593 et 622. Selon certains, il s’agissait d’une [TRADUCTION] « copie conforme » d’Al-Qaïda qui avait adopté la structure d’Al-Qaïda : 2013 CF 1092, au paragraphe 180; témoignage du professeur Gerges. Al-Qaïda est coupable des attentats à la bombe contre des ambassades des États-Unis en 1998 en Tanzanie et au Kenya, de l’attentat à la bombe commis contre le *USS Cole* au Yémen, des attaques du 11 septembre 2001 aux États-Unis, des attentats à la bombe de Bali en 2002, et d’autres actes terroristes.

[112] L’une des contributions d’Al Jihad au répertoire terroriste — adoptée par la suite par Al-Qaïda — était l’idée d’avoir deux explosions, une première, petite, qui tuerait quelques personnes, mais qui attirerait des personnes non blessées, des personnes curieuses à leurs fenêtres pour voir ce qui se passait, puis la seconde, plus importante, conçue pour les tuer ou les mutiler. Voir 2013 CF 1092, au paragraphe 180; témoignage du professeur Gerges; Lawrence Wright, *The Looming Tower : Al-Qaeda and the Road to 9/11* (New York : Vintage, 2006).

[113] Al Jihad « a organisé des entraînements dans une structure en cellules à la fin des années 1980 et au début des années 1990 » et « a mené des attaques violentes contre des représentants égyptiens et des ambassades de l’Égypte » sous la direction et « la dictature » du Dr Ayman Al Zawahiri : 2013 CF 1092, aux paragraphes 178 et 187; témoignage du professeur Gerges. Le Dr Al Zawahiri est un membre ou haut dirigeant d’organisations islamistes radicales qui ont orchestré et exécuté des attaques terroristes un peu partout dans le monde, l’un des fondateurs d’Al-Qaïda,

attacks against Canadians, whom he regards as “second-rate Crusaders”: 2013 FC 1092, at paragraph 667: *National Post*, 28 October 2006.

[114] The second relevant terrorist group is the Vanguard of Conquest. It “overlapped significantly in terms of personnel and leadership [with Al Jihad]” and formed a “combined front” with others. It “shares the same terrorist goals adopted by the [Al Jihad] which involve the violent subversion of the government of Egypt and terrorism.” At “a minimum, [it is] a name used in the media for a sub-group of [Al Jihad] or an organization used by Dr. [Ayman] Al Zawahiri as a front for the [Al Jihad]”; it emerged before 1993: see 2013 FC 1092, at paragraphs 177, 189–208, based on the testimony of Professors Gerges and Byman, the expert report of Professor Wark, and open source evidence, including the books, *The Road to Al-Qaeda* and *The Spectrum of Islamist Movements*. The Vanguard of Conquest claimed responsibility for the assassination attempts on the Egyptian Interior Minister in 1993 and Egyptian President Hosni Mubarak in 1995: 2013 FC 1092, at paragraphs 199 and 204, citing Professors Gerges and Byman.

[115] On the basis of the admissible evidence before it, the Federal Court found Mr. Mahjoub to be a member of these two terrorist organizations, Al Jihad and the Vanguard of Conquest.

[116] The Federal Court based this on, among other things, Mr. Mahjoub’s communications, his associations with certain known terrorists and their organizations, his travels, and some false explanations he gave when questioned.

[117] As far as Mr. Mahjoub and this case are concerned, the story begins in 1991.

et l’actuel chef d’Al-Qaïda : 2013 CF 1092, au paragraphe 464. Le D<sup>r</sup> Al Zawahiri a aussi prévenu qu’il y aurait des attaques dans le style du 11 septembre contre les Canadiens, qu’il considère des [TRADUCTION] « croisés de seconde classe » : 2013 CF 1092, au paragraphe 667 : *National Post*, 28 octobre 2006.

[114] L’Avant-garde de la Conquête constitue le deuxième groupe terroriste pertinent. Avec Al Jihad, ils « se sont chevauchés de manière importante sur le plan du personnel et de la direction » et ont formé un [TRADUCTION] « front commun » avec d’autres. L’Avant-garde de la Conquête « a partagé les mêmes objectifs terroristes qu’[Al Jihad], ce qui implique la subversion violente du gouvernement de l’Égypte ainsi que le terrorisme ». L’Avant-garde de la Conquête a été, au minimum « un nom utilisé dans les médias pour désigner un sous-groupe d’[Al Jihad] ou une organisation utilisée par [le D<sup>r</sup> Ayman Al Zawahiri] en tant que façade pour [Al Jihad] »; elle a émergé avant 1993 : voir 2013 CF 1092, aux paragraphes 177, 189 à 208, selon les témoignages des professeurs Gerges et Byman, le rapport d’expert du professeur Wark, et des éléments de preuve de sources publiques, dont les livres, *The Road to Al-Qaeda* et *The Spectrum of Islamist Movements*. L’Avant-garde de la Conquête a revendiqué les tentatives d’assassinat contre le ministre de l’Intérieur de l’Égypte en 1993 et le président de l’Égypte Hosni Mubarak en 1995 : 2013 CF 1092, aux paragraphes 199 et 204, citant les professeurs Gerges et Byman.

[115] Se fondant sur les éléments de preuve admissibles dont elle était saisie, la Cour fédérale a conclu que M. Mahjoub était un membre de ces deux organisations terroristes, Al Jihad et l’Avant-garde de la Conquête.

[116] La Cour fédérale a fondé cette conclusion, entre autres, sur les communications de M. Mahjoub, ses associations avec certains terroristes connus et leurs organisations, ses voyages ainsi que sur certaines fausses explications qu’il a fournies lorsqu’il a été interrogé.

[117] En ce qui concerne M. Mahjoub et la présente affaire, l’histoire commence en 1991.

[118] In that year, Mr. Mahjoub moved to Sudan according to the personal information form he filled out upon arriving in Canada in 1995: Mr. Mahjoub's personal information form (Exhibit A2, Tab 3); 2013 FC 1092, at paragraph 460.

[119] Mr. Mahjoub's move to Sudan was "an unusual choice if your motive was economic": testimony of Professor Byman, October 28, 2010 (appeal book, Doc. 506.2, page 139); 2013 FC 1092, at paragraph 460. As Mr. Mahjoub himself stated, "it was very difficult to obtain a job in Sudan, even for Sudanese": 2013 FC 1092, at paragraph 462: Mr. Mahjoub's personal information form. By 1992, Mr. Mahjoub was "without status as an illegal migrant in a difficult job market" in Sudan: 2013 FC 1092, at paragraph 621. But despite that status, he remained in Sudan: Mr. Mahjoub's personal information form.

[120] Also in 1991—the same year that Mr. Mahjoub moved to Sudan—Al Qaeda and Al Jihad moved from Afghanistan, "where the jihad was winding down" to Sudan "whose National Islamic Front-backed regime harboured them": 2013 FC 1092, at paragraphs 458 and 597; testimony of Mr. Al Fadl from the trial in *United States v. Bin Laden*, decision reported at 146 F. Supp. 2d 373 (S.D.N.Y. 2001) (Exhibit A12); testimony of Professors Byman, Gerges and Wark. Around this time, Mr. bin Laden and other "[Al Jihad] and Al Qaeda elements" also moved to Sudan: Expert Report of Professor Wark, Exhibit R24, at page 14; 2013 FC 1092, at paragraphs 458–459 and 623. "Direct and indirect terrorist contacts of Mr. Mahjoub" also moved to Sudan at this time: 2013 FC 1092, at paragraph 459.

[121] Despite the economic situation in Sudan, the difficulty of anyone getting a job in Sudan and Mr. Mahjoub's status as an illegal immigrant in Sudan, Mr. Mahjoub nevertheless was able to find a job. In his personal information form supporting his claim for refugee status upon arrival in Canada some years later,

[118] Cette année-là, M. Mahjoub est déménagé au Soudan selon le formulaire de renseignements personnels qu'il a rempli à son arrivée au Canada en 1995 : Formulaire de renseignements personnels de M. Mahjoub (pièce A2, onglet 3); 2013 CF 1092, au paragraphe 460.

[119] Le déménagement de M. Mahjoub au Soudan était un [TRADUCTION] « choix insolite si le motif était économique » : témoignage du professeur Byman, 28 octobre 2010 (dossier d'appel, doc. 506.2, page 139); 2013 CF 1092, au paragraphe 460. Comme l'a dit lui-même M. Mahjoub, [TRADUCTION] « il était très difficile de trouver un emploi au Soudan, même pour un Soudanais » : 2013 CF 1092, au paragraphe 462 : Formulaire de renseignements personnels de M. Mahjoub. En 1992, M. Mahjoub était « sans statut, comme clandestin, dans un marché de l'emploi difficile » au Soudan : 2013 CF 1092, au paragraphe 621. Malgré ce statut, il est resté au Soudan : Formulaire de renseignements personnels de M. Mahjoub.

[120] Également en 1991 — l'année même où M. Mahjoub est déménagé au Soudan —, Al-Qaïda et Al Jihad ont déménagé de l'Afghanistan, « où le jihad prenait fin », au Soudan « dont le régime soutenu par le Front islamique national les avait accueillis » : 2013 CF 1092, aux paragraphes 458 et 597; témoignage de M. Al Fadl tiré du procès *United States v. Bin Laden*, décision rapportée à 146 F. Supp. 2d 373 (S.D.N.Y. 2001) (pièce A12); témoignages des professeurs Byman, Gerges et Wark. À peu près à la même époque, M. bin Laden et d'autres « membres d'[Al Jihad] et d'Al-Qaïda » ont également déménagé au Soudan : Rapport d'expert du professeur Wark, pièce R24, à la page 14; 2013 CF 1092, aux paragraphes 458, 459 et 623. « Des contacts terroristes directs et indirects de M. Mahjoub » ont également déménagé au Soudan à ce moment-là : 2013 CF 1092, au paragraphe 459.

[121] Malgré la situation économique au Soudan, la difficulté pour quiconque de trouver un emploi au Soudan et le statut de M. Mahjoub en tant qu'immigrant illégal au Soudan, M. Mahjoub a néanmoins pu se trouver un emploi. Dans son formulaire de renseignements personnels à l'appui de sa demande de statut de réfugié

Mr. Mahjoub said he was an agricultural engineer on the Al-Damazin farm while in Sudan: 2013 FC 1092, at paragraphs 462 and 463.

[122] In fact, Mr. Mahjoub was much more than an ordinary agricultural engineer.

[123] Although Mr. Mahjoub had just arrived in Sudan as an illegal migrant and although he had “no ... prior experience in managing an enterprise”, suddenly he was given a “top executive position” as the Deputy Director-General or “second-in-command” of an entire company, the Althemar Almubarakah Agriculture Company, and manager of the Damazin Project for Pluvial Agriculture on the Al-Damazin farm: 2013 FC 1092, at paragraphs 75, 462–463, 477, 481, 490 and 621; October 17, 1993 reference letter from Mr. Al Duri to Mr. Mahjoub providing details of his employment for Althemar (Exhibit A2, Tab 10). Mr. Mahjoub omitted this information in his personal information form when claiming refugee status in Canada.

[124] While the wages for the average Sudanese employee were less than \$50 US monthly, Mr. Mahjoub was earning “in the range of \$600 US monthly excluding any ... top-up”: 2013 FC 1092, at paragraphs 484–486; testimony of Mr. Al Fadl in *United States v. Bin Laden*, above. This was a “conservative estimate” and in fact his salary could have been double that: 2013 FC 1092, at paragraph 485; testimony of Mr. Al Fadl in *United States v. Bin Laden; The Looming Tower*, above.

[125] The company and the farm were far from ordinary.

[126] Both were owned by the then-leader of Al Qaeda, Mr. Usama bin Laden: 2013 FC 1092, at paragraphs 75 and 464; testimony of Professor Wark, confirmed by the testimony of Mr. Al Fadl. No one disputes this fact: 2013 FC 1092, at paragraph 464. Al Qaeda maintained contact with the farm by radio: 2013 FC 1092, at paragraph 478; testimony of Mr. Al Fadl.

qu’il a rempli à son arrivée au Canada quelques années plus tard, M. Mahjoub a indiqué qu’il était un ingénieur agricole à la ferme Al-Damazin lorsqu’il était au Soudan : 2013 CF 1092, aux paragraphes 462 et 463.

[122] En fait, M. Mahjoub était beaucoup plus qu’un simple ingénieur agricole.

[123] Même si M. Mahjoub venait tout juste d’arriver au Soudan en tant qu’immigrant illégal et même s’il n’avait « présenté aucun élément de preuve soutenant une expérience en gestion », on lui a tout d’un coup confié un « poste de haute direction » soit directeur général adjoint ou [TRADUCTION] « responsable en second » de toute une entreprise, la Althemar Almubarakah Agriculture Company, et le poste de gestionnaire du projet Damazin pour l’agriculture pluviale à la ferme Al-Damazin : 2013 CF 1092, aux paragraphes 75, 462, 463, 477, 481, 490 et 621; lettre de référence du 17 octobre 1993 de M. Al Duri à M. Mahjoub qui donnait les détails de son emploi pour Althemar (pièce A2, onglet 10). M. Mahjoub a omis d’inscrire ces renseignements dans son formulaire de renseignements personnels lorsqu’il a demandé le statut de réfugié au Canada.

[124] Bien que le salaire d’un employé soudanais moyen était inférieur à 50 \$US par mois, M. Mahjoub recevait « aux environs de 600 \$US par mois, sans comprendre tout montant complémentaire » : 2013 CF 1092, aux paragraphes 484 à 486; témoignage de M. Al Fadl au procès *United States v. Bin Laden*, précité. Il s’agissait d’une « estimation [...] prudente » et, en fait, son salaire aurait pu être le double : 2013 CF 1092, au paragraphe 485; témoignage de M. Al Fadl au procès *United States v. Bin Laden; The Looming Tower*, précités.

[125] L’entreprise et la ferme étaient loin d’être ordinaires.

[126] Toutes deux appartenaient au chef d’alors d’Al-Qaïda, M. Oussama ben Laden : 2013 CF 1092, aux paragraphes 75 et 464; témoignage du professeur Wark, confirmé par le témoignage de M. Al Fadl. Personne ne conteste ce fait : 2013 CF 1092, au paragraphe 464. Al-Qaïda maintenait le contact avec la ferme par radio : 2013 CF 1092, au paragraphe 478; témoignage de M. Al Fadl.

[127] Mr. Mahjoub's immediate supervisor was Mr. Al Duri, a member of Al Jihad: 2013 FC 1092, at paragraphs 75, 402, 464. Mr. Mahjoub would have "worked closely" with him: 2013 FC 1092, at paragraphs 75, 86, 380, 401–402, 483, 613 and 621; October 17, 1993 reference letter from Mr. Al Duri to Mr. Mahjoub; testimony of Professors Wark and Byman.

[128] Mr. Mahjoub's rank and responsibility in the company were similar to that of Mr. Salim, one of Mr. Bin Laden's most trusted associates, a founding member of Al Qaeda and a member of Al Jihad: 2013 FC 1092, at paragraphs 390 and 483; *New York Times* article, December 3, 2008; Mr. Al Fadl transcript.

[129] When it came to hiring employees — particularly senior officers like Mr. Mahjoub — Mr. Bin Laden "had a preoccupation with the ideological purity of his associates", "took great care in screening" them and "adopted significant security measures" in doing so: 2013 FC 1092, at paragraph 478; testimony of Professor Byman; transcript of the evidence of Mr. Al Fadl from *United States v. Bin Laden*, above. Thus, in part using intelligence information from Sudanese authorities, employees were vetted for trustworthiness, a component of which was commitment to Mr. Bin Laden's views and ideology and a known history within the extremist movement: 2013 FC 1092, at paragraphs 478 and 480; Mr. Al Fadl transcript; testimony of Professor Byman.

[130] Mr. Bin Laden was especially wary of Egyptian nationals like Mr. Mahjoub: many were employed by the Egyptian security or intelligence services and could be infiltrators: 2013 FC 1092, at paragraph 479; testimony of Mr. Al Fadl and Mr. Al Ridi in *United States v. Bin Laden*, above.

[131] In these circumstances, Mr. Mahjoub, an Egyptian national, must have been "thoroughly vetted to establish" his "identity and orientation", to prove he was "trustworthy" and to confirm he was committed "to

[127] Le supérieur immédiat de M. Mahjoub était M. Al Duri, un membre d'Al Jihad : 2013 CF 1092, aux paragraphes 75, 402 et 464. M. Mahjoub aurait « travaillé en étroite collaboration » avec lui : 2013 CF 1092, aux paragraphes 75, 86, 380, 401, 402, 483, 613 et 621; lettre de référence du 17 octobre 1993 de M. Al Duri à M. Mahjoub; témoignages des professeurs Wark et Byman.

[128] Le grade et la responsabilité de M. Mahjoub étaient semblables à ceux de M. Salim, un des associés les plus fiables de M. ben Laden, un membre fondateur d'Al-Qaïda et membre d'Al Jihad : 2013 CF 1092, aux paragraphes 390 et 483; article du *New York Times*, 3 décembre 2008; transcription de M. Al Fadl.

[129] Lorsque venait le temps d'engager des employés — en particulier des personnes de niveau supérieur comme M. Mahjoub —, M. ben Laden « était préoccupé par la pureté idéologique de ses partenaires », « a prêté une très grande attention à la sélection » et « adopté d'importantes mesures de sécurité » ce faisant : 2013 CF 1092, au paragraphe 478; témoignage du professeur Byman; transcription de la preuve de M. Al Fadl du procès *United States v. Bin Laden*, précité. Ainsi, utilisant en partie des éléments de renseignement des autorités soudanaises, les employés faisaient l'objet d'un examen minutieux pour déterminer leur loyauté, dont un volet était l'engagement vis-à-vis des points de vue et de l'idéologie de M. ben Laden et des antécédents connus au sein du mouvement extrémiste : 2013 CF 1092, aux paragraphes 478 et 480; transcription de M. Al Fadl; témoignage du professeur Byman.

[130] M. ben Laden se méfiait tout particulièrement des ressortissants égyptiens tels M. Mahjoub : beaucoup étaient employés par les services du renseignement ou de la sécurité de l'Égypte et pouvaient être des infiltrateurs : 2013 CF 1092, au paragraphe 479; témoignages de M. Al Fadl et de M. Al Ridi au procès *United States v. Bin Laden*, précité.

[131] Compte tenu de ces circonstances, M. Mahjoub, un ressortissant égyptien, doit avoir fait l'objet d'une « enquête minutieuse, en vue de vérifier » son « identité et [son] orientation », afin de démontrer qu'il était

[Bin Laden's] views and ideology": 2013 FC 1092, at paragraph 480; testimony of Professor Byman. And given his "top executive position", Mr. Mahjoub must have passed with flying colours: 2013 FC 1092, at paragraphs 480 and 481. He was "known and trusted by Mr. Bin Laden." This trust could have only been gained if Mr. Mahjoub demonstrated "an ideological commitment to jihad" and "a known participation within the Islamic extremist community": 2013 FC 1092, at paragraphs 598 and 621.

[132] Mr. Mahjoub must have been committed to the cause. He accepted his top position in Mr. Bin Laden's company despite some personal risk. If the authorities of his country of nationality, Egypt, had become aware of his association with Mr. Bin Laden, he would have been in danger: 2013 FC 1092, at paragraph 482; testimony of E. Al Ridi in *United States v. Bin Laden*, above. Further, he only associated with Egyptians on the farm, not elsewhere in Sudan: 2013 FC 1092, at paragraph 482. To the Federal Court this meant that Mr. Mahjoub "trusted the other Egyptians working for Mr. Bin Laden because he knew about Mr. Bin Laden's vetting process" and that it "would prevent foreign government infiltration": *ibid.*

[133] Was the farm on which Mr. Mahjoub was working just a farm? At one level, some might see it as a peaceful, bucolic place: it grew sesame, peanuts and white corn: transcript of Mr. Al Fadl in *United States v. Bin Laden*, above; 2013 FC 1092, at paragraph 384. But peaceful and bucolic it was not. The farm grew another type of crop: trained terrorists.

[134] On "the back one-third" of the farm, "general weapons and ... explosives" training and refresher training took place, supervised by Al Qaeda members. One such member was Al Qaeda explosives expert Salem el-Masry. See transcript of Mr. Al Fadl in *United States v. Bin Laden*, above; 2013 FC 1092, at paragraphs 384, 464, 474 and 482.

« digne de confiance » et pour confirmer son engagement « envers [les] points de vue et [...] l'idéologie [de M. ben Laden] » : 2013 CF 1092, au paragraphe 480; témoignage du professeur Byman. Compte tenu de son « poste de haute direction », M. Mahjoub doit avoir passé haut la main : 2013 CF 1092, aux paragraphes 480 et 481. « M. [ben] Laden connaissait M. Mahjoub et lui faisait confiance ». Cette confiance n'a pu être acquise que si M. Mahjoub a démontré « un engagement idéologique envers le [djihad] » et « une participation connue dans la communauté islamique extrémiste » : 2013 CF 1092, aux paragraphes 598 et 621.

[132] M. Mahjoub devait être engagé envers la cause. Il a accepté ce poste élevé au sein de l'entreprise de M. ben Laden malgré certains risques personnels. Si les autorités de son pays de nationalité, l'Égypte, avaient été mises au courant de son association avec M. ben Laden, il aurait été en danger : 2013 CF 1092, au paragraphe 482; témoignage d'E. Al Ridi au procès *United States v. Bin Laden*, précité. De plus, à la ferme, et nulle part ailleurs au Soudan, il s'associait uniquement à des Égyptiens : 2013 CF 1092, au paragraphe 482. Pour la Cour fédérale, cela signifiait que M. Mahjoub « faisait confiance aux autres Égyptiens qui travaillaient pour M. [ben] Laden, du fait qu'il était au courant du processus d'enquête de M. [ben] Laden, au moyen duquel l'infiltration par un gouvernement étranger serait empêchée » : *ibid.*

[133] Est-ce que la ferme où travaillait M. Mahjoub était seulement une ferme? Dans un sens, certains pourraient la considérer comme un endroit paisible, bucolique : on y cultivait le sésame, les arachides et le maïs blanc : transcription de M. Al Fadl au procès *United States v. Bin Laden*, précité; 2013 CF 1092, au paragraphe 384. L'endroit était loin d'être bucolique et paisible. On y cultivait autre chose : des terroristes entraînés.

[134] Dans [TRADUCTION] « le tiers arrière » de la ferme, on donnait un entraînement et un entraînement de remise à niveau « pour le maniement d'armes en général et pour les explosifs », le tout supervisé par des membres d'Al-Qaïda. Un de ces membres était le spécialiste en explosifs d'Al-Qaïda, Salem el-Masry. Voir la transcription de M. Al Fadl au procès *United States v. Bin Laden*, précité; 2013 CF 1092, aux paragraphes 384, 464, 474 et 482.



[135] The Federal Court found that this took place in part while Mr. Mahjoub was in his top executive position at the farm: testimony of Professor Wark; testimony of Mr. Al Fadl in *United States v. Bin Laden*; 2013 FC 1092, at paragraph 476. And “in his position of authority over the company and the farm”, Mr. Mahjoub was “aware of these [explosives and weapons training] activities”, was “complicit in these activities” and “knew of the ongoing weapons training” on the farm: testimony of Mr. Al Fadl in *United States v. Bin Laden*, above; testimony of Professor Byman; 2013 FC 1092, at paragraphs 466, 474, 476, 482–483 and 621.

[136] In reaching its conclusion about Mr. Mahjoub’s knowledge, the Federal Court carefully considered the credibility of the testimony of Mr. Al Fadl. While noting that he had a tendency to exaggerate, the Federal Court found that on this aspect of his testimony Mr. Al Fadl guarded against exaggeration: 2013 FC 1092, at paragraph 388. It found his testimony on this to be credible.

[137] Despite Mr. Mahjoub’s high position in the company and the farm and despite a fairly high salary for an illegal migrant in Sudan, Mr. Mahjoub left the company and the farm in May 1993: Mr. Mahjoub’s personal information form; 2013 FC 1092, at paragraph 484. Soon afterward, in December 1995, he came to Canada and claimed refugee status.

[138] Exactly why Mr. Mahjoub left is unclear. But the evidence suggests some reasons. The Federal Court found some corroboration for the ministers’ allegation that Mr. Mahjoub left Sudan due to increased cooperation between the Egyptian and Sudanese governments, the fact that Egyptian nationals were becoming increasingly unwelcome in Sudan in late 1995, and Sudan’s shift in policy towards harbouring terrorists: Mr. Mahjoub’s personal information form; 2013 FC 1092, at paragraphs 494 and 601. Also due to high profile Al Jihad and Vanguard attacks occurring at this time — in particular the attempted assassination of President Mubarak and the

[135] La Cour fédérale a conclu que tout cela se déroulait alors que M. Mahjoub occupait son poste de haut dirigeant à la ferme : témoignage du professeur Wark; témoignage de M. Al Fadl au procès *United States v. Bin Laden*; 2013 CF 1092, au paragraphe 476. De plus, « dans sa position d’autorité au sein de la société et à la ferme » M. Mahjoub « avait connaissance des activités [liées à l’entraînement aux explosifs et aux armes] », était « complice dans ces activités » et « était au courant de l’entraînement de terroristes au maniement d’armes » qui se donnait à la ferme : témoignage de M. Al Fadl au procès *United States v. Bin Laden*, précité; témoignage du professeur Byman; 2013 CF 1092, aux paragraphes 466, 474, 476, 482, 483 et 621.

[136] En parvenant à sa conclusion au sujet des connaissances de M. Mahjoub, la Cour fédérale a minutieusement examiné la crédibilité du témoignage de M. Al Fadl. Tout en faisant remarquer qu’il avait tendance à exagérer, la Cour fédérale a conclu que sur cet aspect de son témoignage, M. Al Fadl n’a pas exagéré : 2013 CF 1092, au paragraphe 388. Elle a conclu que son témoignage à cet égard était crédible.

[137] Malgré le poste élevé de M. Mahjoub au sein de l’entreprise et de la ferme, et malgré un salaire passablement élevé pour un migrant illégal au Soudan, M. Mahjoub a quitté l’entreprise et la ferme en mai 1993 : Formulaire de renseignements personnels de M. Mahjoub; 2013 CF 1092, au paragraphe 484. Peu de temps après, en décembre 1995, il s’est rendu au Canada et a demandé l’asile.

[138] Les raisons exactes du départ de M. Mahjoub ne sont pas claires. Cependant, les éléments de preuve en laissent entrevoir certaines. La Cour fédérale a constaté une certaine corroboration concernant l’allégation des ministres selon laquelle M. Mahjoub a quitté le Soudan en raison d’une collaboration accrue entre les gouvernements de l’Égypte et du Soudan, le fait que les ressortissants égyptiens étaient de moins en moins les bienvenus au Soudan à la fin de 1995 et le changement de politique du Soudan concernant l’hébergement de terroristes : Formulaire de renseignements personnels de M. Mahjoub; 2013 CF 1092, aux paragraphes 494 et 601.

deaths of several young Egyptians executed by Al Jihad as spies — many Egyptians left or were expelled from Sudan: 2013 FC 1092, at paragraph 495.

[139] As well, “other individuals in Sudan associated with terrorism, some with direct or indirect connections to Mr. Mahjoub, traveled or moved abroad around this time” to “[find] a base abroad”: 2013 FC 1092, at paragraphs 499 and 623, relying upon the Security Intelligence Report offered in support of the security certificate. These included “prominent members” of Al Jihad and Al Qaeda: 2013 FC 1092, at paragraphs 499 and 504; Expert Report of Professor Byman; affidavit of J. Dratel (Exhibit R39, at paragraph 27). Mr. Mahjoub’s departure from Sudan “coincided with the departure of these terrorist groups and many of their leading members”, lending “support to the Ministers’ allegations of Mr. Mahjoub’s association with these groups”: 2013 FC 1092, at paragraphs 500 and 601; classified evidence in support.

[140] Mr. Mahjoub entered Canada on a false Saudi Arabian passport and claimed refugee status: 2013 FC 1092, at paragraph 506. This, along with Mr. Mahjoub’s timing in entering and leaving Sudan, was behaviour coinciding with or paralleling that of other individuals the Federal Court found to be terrorists, including some contacts of Mr. Mahjoub: 2013 FC 1092, at paragraphs 507 and 601–602.

[141] Upon arrival in Canada, Mr. Mahjoub filled out a personal information form in support of his claim to refugee status. In it, Mr. Mahjoub stated that he left the company and the Al-Damazin farm to buy and sell goods in a market in Sudan. The Federal Court found this explanation not to be credible given the salary Mr. Mahjoub was making at the farm and given the concern he expressed elsewhere in his personal information form about “severe surveillance by the Egyptian

De plus, en raison du profil élevé des attaques d’Al Jihad et de l’Avant-garde de la Conquête qui avaient lieu à ce moment-là — plus particulièrement la tentative d’assassinat du président Moubarak et le décès de plusieurs jeunes Égyptiens exécutés par Al Jihad en tant qu’espions —, de nombreux Égyptiens ont quitté le Soudan ou en ont été expulsés : 2013 CF 1092, au paragraphe 495.

[139] En outre, « [d’] autres individus liés au terrorisme au Soudan, dont certains avec des liens directs ou indirects avec M. Mahjoub, se sont rendus à l’étranger ou y ont déménagé vers cette époque » afin de « trouver une base à l’étranger » : 2013 CF 1092, aux paragraphes 499 et 623, se fondant sur le rapport de renseignements de sécurité offert à l’appui du certificat de sécurité. Il s’agissait notamment de « membres importants » d’Al Jihad et d’Al-Qaïda : 2013 CF 1092, aux paragraphes 499 et 504; Rapport d’expert du professeur Byman; affidavit de J. Dratel (pièce R39, au paragraphe 27). Le départ de M. Mahjoub du Soudan « a coïncidé avec [le départ] de ces groupes terroristes et d’un grand nombre de leurs leaders », ce qui « appuie les allégations des ministres selon lesquelles M. Mahjoub était associé à ces groupes » : 2013 CF 1092, aux paragraphes 500 et 601; éléments de preuve classifiés à l’appui.

[140] M. Mahjoub est entré au Canada en possession d’un faux passeport saoudien et a demandé l’asile : 2013 CF 1092, au paragraphe 506. Ceci, en plus du moment choisi par M. Mahjoub pour entrer au Soudan et en sortir, constituait un comportement qui coïncidait ou allait de pair avec celui d’autres personnes que la Cour fédérale a reconnues être des terroristes, y compris certains contacts de M. Mahjoub : 2013 CF 1092, aux paragraphes 507, 601 et 602.

[141] À son arrivée au Canada, M. Mahjoub a rempli le Formulaire de renseignements personnels à l’appui de sa demande d’asile. Dans ce formulaire, M. Mahjoub a indiqué qu’il a quitté l’entreprise et la ferme Al-Damazin pour acheter et vendre des marchandises dans un marché au Soudan. La Cour fédérale a jugé que cette explication n’était pas crédible étant donné le salaire que faisait M. Mahjoub à la ferme et compte tenu de l’inquiétude qu’il a exprimée ailleurs dans son Formulaire de

people, especially when [he] was in the market”: 2013 FC 1092, at paragraphs 485–490.

[142] The evidence of Mr. Mahjoub’s activities and contacts in Canada from the time of his arrival until his arrest in 2000 under the first certificate is very detailed. The Federal Court summarized this evidence as follows:

Most of the inculpatory evidence that the Ministers have adduced in relation to Mr. Mahjoub’s residence in Canada is evidence of his ongoing associations with established or suspected members of the [Al Jihad], [Vanguards of Conquest], Al Qaeda, and [a related terrorist group] . This evidence is compelling, and it establishes that Mr. Mahjoub maintained contact with Al Qaeda terrorist Mr. [Ahmed] Khadr, a friendship with established Al Qaeda terrorist Mr. Al Duri [text omitted] [\*], and a close and active association with established Al Qaeda/[Al Jihad] terrorist Mr. Marzouk, and contact with a telephone number linked to the [Vanguards of Conquest] in Kuwait [\*]. A number of these contacts were still active in the terrorist milieu, particularly Mr. [Ahmed] Khadr and Mr. Marzouk. These contacts were routinely concealed by the use of aliases. Mr. Mahjoub also concealed these contacts from the Service in one or more interviews [text omitted]. Mr. Mahjoub’s fear of the Egyptian authorities and belief that the Service was conspiring with them does not explain his dishonesty. Mr. Mahjoub’s denials are insufficient to rebut the Ministers’ evidence of his terrorist contacts. I conclude that there are reasonable grounds to believe that Mr. Mahjoub’s contact, given the individuals’ backgrounds and Mr. Mahjoub’s unwillingness to be candid about his contact with them, related to the terrorist network to which these individuals were associated.

(2013 FC 1092, at paragraph 568.)

[143] Only two sentences in this passage are supported by classified evidence and they are marked with a “[\*]”. The remainder is drawn from the testimony of Ms. El Fouli in the first security proceedings, the reference letter from Mr. Al Duri to Mr. Mahjoub, an address book found in Mr. Mahjoub’s possession when he

renseignements personnels au sujet de [TRADUCTION] « la surveillance étroite de personnes égyptiennes, [...] en particulier [lorsqu’il était] au marché » : 2013 CF 1092, aux paragraphes 485 à 490.

[142] Les éléments de preuve relativement aux activités et contacts de M. Mahjoub au Canada à partir du moment de son arrivée jusqu’à son arrestation en 2000 en vertu du premier certificat sont très détaillés. La Cour fédérale a résumé cette preuve comme suit :

La plus grande partie de la preuve inculpatoire que les ministres [ont] présentée en lien avec la résidence de M. Mahjoub au Canada est la preuve de ses liens continus avec des membres établis ou soupçonnés [d’Al Jihad], [de l’Avant-garde de la Conquête], d’Al-Qaïda et [d’un groupe terroriste associé]. Cette preuve est convaincante et elle établit que M. Mahjoub a maintenu un contact avec un terroriste membre d’Al-Qaïda, M. [Ahmed] Khadr, une amitié avec un terroriste membre établi d’Al Qaïda, M. el-Duri, [texte omis] [\*], une association étroite et active avec un terroriste membre établi d’Al-Qaïda/[Al Jihad], M. Marzouk, et un contact avec un numéro de téléphone associé à [l’Avant-garde de la Conquête] au Koweït[\*]. Un certain nombre de ces contacts étaient encore actifs dans le milieu terroriste, en particulier M. [Ahmed] Khadr et M. Marzouk. Ces contacts étaient régulièrement dissimulés à l’aide de pseudonymes. M. Mahjoub a également caché ces contacts au Service lors d’une ou de plusieurs entrevues [texte omis]. La crainte qu’avait M. Mahjoub des autorités égyptiennes et sa croyance que le Service complotait avec eux n’expliquent pas sa malhonnêteté. Les dénégations de M. Mahjoub sont insuffisantes pour réfuter la preuve des ministres concernant ses contacts avec le milieu terroriste. Je conclus qu’il y a des motifs raisonnables de croire que le contact de M. Mahjoub, étant donné les antécédents des personnes visées et le manque de transparence de M. Mahjoub relativement à son contact avec elles, le liait au réseau terroriste auquel ces personnes étaient associées.

(2013 CF 1092, au paragraphe 568.)

[143] Seulement deux phrases dans ce passage sont étayées par des éléments de preuve classifiés et elles sont marquées d’un « [\*] ». Le reste est tiré des témoignages de M<sup>me</sup> El Fouli dans la première instance liée à la sécurité, de la lettre de recommandation de M. Al Duri à M. Mahjoub, d’un carnet d’adresses trouvé en

was arrested, telephone toll records obtained from telephone companies via a subpoena from the Department of Justice, and open source and expert testimony, much of which is summarized at 2013 FC 1092, at paragraphs 286, 297–298, 329, 340, 342–343, 345, 359, 365, 370, 373–374, 543 and 544.

[144] In Canada, Mr. Mahjoub associated or had contact with a number of persons who are or were (at least at the time) “important players in the terrorist milieu”, such as Mr. Al Duri, Mr. Ahmed Khadr, who was “a senior ... Osama Bin Laden network aide and fund-raiser” and Mr. Marzouk: 2013 FC 1092, at paragraphs 270–311, 314–428 and 624. In the case of Mr. Al Duri, the Al Qaeda member who was Mr. Mahjoub’s immediate supervisor on the farm in Sudan used for terrorists’ weapons training, the Federal Court concluded from materials found on Mr. Mahjoub’s person at the time of arrest that they had “a close association or friendship”: 2013 FC 1092, at paragraph 612.

[145] Much of the evidence underlying the Federal Court’s findings in the preceding paragraph was closed evidence. If this paragraph is deleted and if those portions of the paragraph preceding that one that refer to closed evidence are deleted, one can see that there is still a mountain of open source and open court evidence supporting the reasonableness of the security certificate.

[146] In finding the above facts, the Federal Court relied in part on the testimony given by Mr. Al Fadl in *United States v. Bin Laden*, above. The Federal Court was extremely cautious concerning this evidence and assessed it most carefully: see, e.g., 2013 FC 1092, at paragraphs 152–156 and 465–474. It found that this evidence met the “reliable and appropriate” standard for admissibility under paragraph 83(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. In particular, the Federal Court considered Mr. Al Fadl’s evidence

la possession de M. Mahjoub lorsqu’il a été arrêté, des relevés de communications téléphoniques obtenus des compagnies de téléphone au moyen d’une assignation à produire des éléments de preuve du ministère de la Justice, ainsi que de témoignages d’experts et de sources publiques, la plupart résumés à la référence 2013 CF 1092, aux paragraphes 286, 297, 298, 329, 340, 342, 343, 345, 359, 365, 370, 373, 374, 543 et 544.

[144] Au Canada, M. Mahjoub s’est associé ou a entretenu un contact avec plusieurs personnes qui jouent ou jouaient (à tout le moins à ce moment-là) « des rôles importants dans le milieu terroriste », notamment M. Al Duri, M. Ahmed Khadr, qui était « un conseiller principal de M. [Ousama ben] Laden et un agent de financement » et M. Marzouk : 2013 CF 1092, aux paragraphes 270 à 311, 314 à 428 et 624. Dans le cas de M. Al Duri, le membre d’Al-Qaïda qui était le supérieur immédiat de M. Mahjoub à la ferme au Soudan où se donnait l’entraînement au maniement des armes pour les terroristes, la Cour fédérale a conclu, en se fondant sur des documents trouvés sur M. Mahjoub au moment de son arrestation, qu’ils « entretenaient une association ou une amitié étroite » : 2013 CF 1092, au paragraphe 612.

[145] La plupart des éléments de preuve sous-tendant les conclusions de la Cour fédérale dans le paragraphe qui précède provenaient d’éléments de preuve présentés à huis clos. Si ce paragraphe est supprimé et si les portions du paragraphe précédent qui font référence aux éléments de preuve présentés à huis clos sont éliminées, on peut constater qu’il existe quand même une montagne d’éléments de preuve de source publique ou de procès publics qui étayaient le caractère raisonnable du certificat de sécurité.

[146] En tirant des conclusions de fait au sujet de ce qui précède, la Cour fédérale s’est fondée en partie sur le témoignage de M. Al Fadl au procès *United States v. Bin Laden*, précité. La Cour fédérale a fait preuve d’extrême prudence au sujet de ces éléments de preuve et les a évalués avec la plus grande minutie : à titre d’exemple, voir 2013 CF 1092, aux paragraphes 152 à 156 et 465 à 474. Elle a conclu que ces éléments de preuve respectaient la norme d’admissibilité de tout élément de preuve « digne de foi et utile » exposée à l’alinéa 83(1)(h) de la

concerning the “farm” to be “compelling and credible”: 2013 FC 1092, at paragraph 474.

[147] The Federal Court confirmed that there was no believable exculpatory evidence, even in the top secret evidence disclosed to the special advocates and considered in the closed hearing: 2013 FC 1095, at paragraph 162. In its view, no believable evidence existed in Mr. Mahjoub’s direct evidence: 2013 FC 1092, at paragraphs 586–589. Having examined the evidentiary record, both open and closed, on this I agree with the Federal Court.

[148] Much of the Federal Court’s fact-finding is supported by its assessments of Mr. Mahjoub’s credibility, assessments that withstand scrutiny under the palpable and overriding error standard.

[149] Although Mr. Mahjoub did not testify, several of his prior statements were properly before the Federal Court. At various times, the Federal Court found instances where Mr. Mahjoub’s statements were simply “not credible” or “deceptive” or Mr. Mahjoub was being “evasive”, “likely untruthful”, “untruthful”, deliberately “imprecise”, “motivated to conceal” or concealing, and lacked “credibility and candour”: see, e.g., 2013 FC 1092, at paragraphs 263, 266, 284, 309–311, 444–445, 486–487, 490–491, 514–515, 529, 532–533, 550–551, 566, 568, 588, 599, 603–605, 607–608, 614, 617–620, 624–625 and 645. For example, in the face of all of the evidence about the farm, above, Mr. Mahjoub wrote in his personal information form given to the authorities in support of his refugee claim when he arrived in Canada that he was just a fellow in Sudan who was on a farm and left that job to “buy and sell goods in the market.” He said he especially feared the market, as he felt he was under “severe surveillance by the Egyptian people” there: Mr. Mahjoub’s personal information form; 2013 FC 1092, at paragraph 484–487 and 490.

*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés.* Plus précisément, la Cour fédérale a examiné les éléments de preuve présentés par M. Al Fadhil concernant la « ferme » comme étant « convaincant[s] et crédible[s] » : 2013 CF 1092, au paragraphe 474.

[147] La Cour fédérale a confirmé qu’il n’existait aucune preuve exculpatoire crédible, même dans les éléments de preuve très secrets divulgués aux avocats spéciaux et examinés dans le cadre de l’audience à huis clos : 2013 CF 1095, au paragraphe 162. À son avis, il n’existait aucun élément de preuve crédible dans les éléments de preuve directs de M. Mahjoub : 2013 CF 1092, aux paragraphes 586 à 589. Ayant examiné le dossier de preuves, tant les éléments de preuve publics que ceux présentés à huis clos, je souscris à la conclusion de la Cour fédérale à cet égard.

[148] Une grande partie de la recherche de faits de la Cour fédérale est étayée par ses évaluations de la crédibilité de M. Mahjoub, évaluations qui résistent à un examen rigoureux dans le cadre de la norme de l’erreur manifeste et dominante.

[149] Même si M. Mahjoub n’a pas témoigné, plusieurs de ses déclarations antérieures avaient été présentées de façon régulière à la Cour fédérale. À divers moments, la Cour fédérale a conclu que les déclarations de M. Mahjoub étaient tout simplement non « crédible[s] » ou « trompeu[ses] » ou que M. Mahjoub était « évasif », « ne disait probablement pas la vérité », « ne disait pas la vérité », était délibérément « imprécis », « essayait de dissimuler » ou dissimulait, et manquait « de crédibilité et de franchise » : à titre d’exemple, voir 2013 CF 1092, aux paragraphes 263, 266, 284, 309 à 311, 444, 445, 486, 487, 490, 491, 514, 515, 529, 532, 533, 550, 551, 566, 568, 588, 599, 603 à 605, 607, 608, 614, 617 à 620, 624, 625 et 645. Par exemple, compte tenu de tous les éléments de preuve au sujet de la ferme, ci-dessus, M. Mahjoub a inscrit dans son formulaire de renseignements personnels remis aux autorités à l’appui de sa demande d’asile lorsqu’il est arrivé au Canada qu’il était simplement une personne au Soudan qui était à la ferme et qui a quitté cet emploi pour « acheter et vendre des marchandises au marché ». Il a dit qu’il craignait particulièrement le marché, étant donné qu’il avait l’impression de faire l’objet

[150] In the view of the Federal Court, a number of “lies and omissions” on the part of Mr. Mahjoub were “crafted and designed to consistently conceal any facts that could connect Mr. Mahjoub to known terrorists, terrorist activities or known terrorist-related enterprises such as Althemar”: 2013 FC 1092, at paragraph 619. Further, the Federal Court observed that the fact that Mr. Mahjoub “would lie about the use of aliases [was] of particular concern” given the frequent use of aliases “in the terrorist milieu” and the fact that the “use of aliases ... serves to conceal the true identity of individuals involved”: 2013 FC 1092, at paragraph 619. In part, the lies and omissions by Mr. Mahjoub led the Federal Court to conclude that his innocent account of events and his activities in Sudan and in Canada “is not credible”: 2013 FC 1092, at paragraphs 619 and 620.

[151] The Federal Court did not uphold the reasonableness of the security certificate merely because Mr. Mahjoub’s statements were not credible. Rather, his lack of credibility was just one of many, many elements underscoring the reasonableness of the certificate.

[152] Before leaving the issue of the reasonableness of the certificate, certain submissions made by the special advocates should be addressed.

[153] First, on the issue whether one of Mr. Mahjoub’s contacts was Mr. Marzouk, the special advocates suggest that the Federal Court ignored key evidence from intelligence reports. But, as explained above, the non-mention of evidence in reasons alone does not mean that there is palpable and overriding error. This is especially so in a case as large and sprawling as this. Palpable and overriding error is a high standard of review that is difficult to meet. Given the detailed and comprehensive manner in which the Federal Court dealt with this issue, I am not persuaded that the

de « la surveillance étroite de personnes égyptiennes » lorsqu’il s’y trouvait : Formulaire de renseignements personnels de M. Mahjoub; à titre d’exemple, voir 2013 CF 1092, aux paragraphes 484 à 487 et 490.

[150] Selon la Cour fédérale, les « omissions et mensonges » de M. Mahjoub avaient « pour but de dissimuler systématiquement tout fait qui pourrait le lier à des terroristes connus, à des activités terroristes ou à des entreprises connues associées au terrorisme, comme Althemar » : 2013 CF 1092, au paragraphe 619. En outre, la Cour fédérale a fait observer que le fait que M. Mahjoub « mente au sujet de son utilisation de pseudonymes [était] particulièrement préoccupant » étant donné l’emploi fréquent de pseudonymes « dans le milieu terroriste » et le fait que l’« emprunt de pseudonymes [...] sert à dissimuler la vraie identité des personnes impliquées » : 2013 CF 1092, au paragraphe 619. En partie, les mensonges et omissions de M. Mahjoub ont amené la Cour fédérale à conclure que son compte rendu innocent des événements et ses activités au Soudan et au Canada « n’est pas crédible » : 2013 CF 1092, aux paragraphes 619 et 620.

[151] La Cour fédérale n’a pas confirmé le caractère raisonnable du certificat de sécurité tout simplement parce que les déclarations de M. Mahjoub n’étaient pas crédibles. En fait, son manque de crédibilité n’était que l’un des nombreux, très nombreux éléments soulignant le caractère raisonnable du certificat.

[152] Avant de laisser la question du caractère raisonnable du certificat, certaines observations faites par les avocats spéciaux devraient être abordées.

[153] Premièrement, sur la question de savoir si l’un des contacts de M. Mahjoub était M. Marzouk, les avocats spéciaux laissent entendre que la Cour fédérale n’a pas tenu compte d’éléments de preuve clés tirés de rapports de renseignements. Cependant, comme nous l’avons expliqué plus haut, la non-mention d’éléments de preuve dans les motifs ne signifie pas en soi qu’il existe une erreur manifeste et dominante. Cela est particulièrement vrai dans un cas aussi vaste et étendu que l’espèce. Une erreur manifeste et dominante constitue une norme de contrôle élevée difficile à satisfaire.

Federal Court committed palpable and overriding error in this respect. It had much other evidence before it supporting Mr. Mahjoub's contact with Mr. Marzouk: 2013 FC 1092, at paragraphs 306–311, 529–531, 566 and 568. And there was plenty of evidence supporting Mr. Marzouk's involvement in terrorism: paragraphs 339–340. Even if there was an error here, I consider it neither “palpable” in the sense of obvious, or “overriding”, in the sense that it will affect the outcome of the appeal—here the overall finding that the security certificate is reasonable.

[154] In discussing the evidence supporting Mr. Mahjoub's connection with Mr. Marzouk, the special advocates expressed concern that such a finding, made with inadequate evidence in support, could taint Mr. Mahjoub with “guilt by association”. In the abstract, I agree that not much, if anything, can be proven by the fact that person A has dealings with person B who happens to be a terrorist. But here, as explained at paragraphs 107–151 above, there was much, much more that proves that the security certificate is reasonable.

[155] The special advocates also challenged one intercepted conversation that the Federal Court used to link Mr. Mahjoub to the *Vanguards of Conquest*: 2013 FC 1092, at paragraph 585; summary of intercept (Exhibit A8, Tab 6). They submit that the Federal Court misinterpreted it as an admission by Mr. Mahjoub that he was a member of the *Vanguards of Conquest*.

[156] Here we are dealing with a factually suffused question of mixed fact and law. I am not persuaded that the high threshold for palpable and overriding error was met. It was open to the Federal Court to find that the intercepted conversation contained an admission of membership. The fact that another court might have ruled

Compte tenu de la façon détaillée et exhaustive dont la Cour fédérale a traité cette question, je ne suis pas convaincu que la Cour fédérale ait commis une erreur manifeste et dominante à cet égard. Elle disposait de beaucoup d'autres éléments de preuve qui étayaient le contact de M. Mahjoub avec M. Marzouk : 2013 CF 1092, aux paragraphes 306 à 311, 529 à 531, 566 et 568. Par ailleurs, de très nombreux éléments de preuve étayaient l'engagement de M. Marzouk envers le terrorisme : paragraphes 339 et 340. Même s'il y avait une erreur en l'espèce, je ne la considère ni « manifeste » dans le sens d'évidente, ni « dominante » en ce sens qu'elle aura une incidence sur l'issue de l'appel — en l'espèce, la conclusion globale selon laquelle le certificat de sécurité est raisonnable.

[154] En discutant des éléments de preuve qui étayaient le lien entre M. Mahjoub et M. Marzouk, les avocats spéciaux ont exprimé une inquiétude voulant qu'une telle conclusion, tirée d'éléments de preuve inadéquats pour l'étayer, pourrait entacher M. Mahjoub de « culpabilité par association ». Dans l'abstrait, je suis d'accord pour dire que le fait que la personne A transige avec la personne B, qui se trouve à être un terroriste, ne constitue pas une preuve, sinon une preuve très faible de quoi que ce soit. En l'espèce, comme il a été expliqué aux paragraphes 107 à 151 ci-dessus, il y avait énormément plus d'éléments qui établissent que le certificat de sécurité est raisonnable.

[155] Les avocats spéciaux ont aussi contesté une conversation interceptée que la Cour fédérale a utilisée pour lier M. Mahjoub à l'Avant-garde de la Conquête : 2013 CF 1092, au paragraphe 585; résumé d'interceptions (pièce A8, onglet 6). Ils soutiennent que la Cour fédérale a mal interprété cette conversation comme étant une admission de la part de M. Mahjoub selon laquelle il était un membre de l'Avant-garde de la Conquête.

[156] En l'espèce, nous traitons d'une question factuelle de fait et de droit. Je ne suis pas convaincu que le seuil élevé de l'erreur manifeste et dominante ait été atteint. Il était loisible à la Cour fédérale de conclure que la conversation interceptée comportait une admission d'appartenance. Le fait qu'un autre tribunal puisse avoir

differently or might have attached less significance to a piece of evidence does not establish palpable and overriding error. Finally, even if the finding of Mr. Mahjoub's membership in the *Vanguards of Conquest* falls, he was still found to be a member of the terrorist organization, Al Jihad. Membership in one terrorist organization is enough for the Federal Court to uphold the reasonableness of the security certificate.

[157] To summarize, the standard for assessing the security certificate is "reasonable grounds to believe" that the security grounds for inadmissibility under section 34 of the *Immigration and Refugee Protection Act* are present. The Federal Court found reasonable grounds. Far from there being palpable and overriding error on this point, the Federal Court's conclusions are impeccably sourced and well-supported by admissible evidence—often considerable evidence.

(c) Implications for the legal issues that follow

[158] On appeal, Mr. Mahjoub raised a number of issues concerning the admissibility of evidence. I need not consider these. Even if the evidence that Mr. Mahjoub challenged were excluded, the remaining admissible evidence supporting the reasonableness of the security certificate would remain in place. The security certificate would remain reasonable.

[159] Given this, I see only two ways in which Mr. Mahjoub can still prevail in this appeal.

[160] The first way is if he establishes a legal objection that strikes at the heart of the issuance of the security certificate. Here, Mr. Mahjoub raises two such legal objections: the legislative scheme for security certificates is constitutionally invalid; and the issuance of the security certificate is invalid because necessary legal prerequisites were not fulfilled in this case. If either of these

conclu différemment ou puisse avoir accordé moins d'importance à un élément de preuve n'établit pas une erreur manifeste et dominante. Finalement, même si la conclusion selon laquelle M. Mahjoub est membre de l'Avant-garde de la Conquête n'est pas maintenue, il était établi qu'il était un membre de l'organisation terroriste Al Jihad. L'appartenance à une organisation terroriste suffit pour que la Cour fédérale maintienne le caractère raisonnable du certificat de sécurité.

[157] Pour résumer, la norme d'appréciation du certificat de sécurité est celle d'avoir des « motifs raisonnables de croire » que les motifs liés à la sécurité concernant l'interdiction de territoire aux termes de l'article 34 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* sont présents. La Cour fédérale a conclu qu'il existait des motifs raisonnables. Loin de soulever une erreur manifeste et dominante, les sources des conclusions de la Cour fédérale sont parfaitement établies et les conclusions sont bien étayées par des éléments de preuve admissibles — souvent très nombreux.

c) Implications concernant les questions juridiques qui s'ensuivent

[158] En appel, M. Mahjoub a soulevé plusieurs questions concernant l'admissibilité d'éléments de preuve. Je n'ai pas à en tenir compte. Même si les éléments de preuve que M. Mahjoub a contestés étaient exclus, les autres éléments de preuve admissibles qui étaient le caractère raisonnable du certificat de sécurité seraient maintenus. Le certificat de sécurité reste donc raisonnable.

[159] En conséquence, je ne vois que deux façons pour M. Mahjoub de pouvoir avoir gain de cause dans le présent appel.

[160] La première façon est qu'il établisse une objection juridique qui porte directement sur la délivrance du certificat de sécurité. En l'espèce, M. Mahjoub soulève deux objections juridiques : le régime législatif concernant les certificats de sécurité est inconstitutionnel; et la délivrance du certificat de sécurité n'est pas valide parce que les conditions juridiques nécessaires n'ont



submissions is accepted, then the security certificate must be quashed.

[161] The second way is if the Federal Court committed reversible error in deciding not to stay the proceedings permanently on account of an abuse of process. Mr. Mahjoub also makes this submission. He submits that given various instances of misconduct, errors and incidents, including instances of wrongful acquisition and wrongful use of evidence, violations of solicitor-client privilege and violations of Charter rights, the Federal Court committed reversible error in not staying the proceedings permanently. Put another way, no matter how reasonable the security certificate may be, the assault on the reputation and integrity of the administration of justice in this case is so great that these proceedings should have been stayed permanently.

[162] Accordingly, I shall examine each alleged error and incident raised by Mr. Mahjoub and assess the issue of whether a stay was justified for any of those errors and incidents. And then I shall consider whether, taken together, these errors and incidents warranted a permanent stay of the proceedings for abuse of process.

[163] Of course, these matters must be considered within the rubric of *Housen* appellate review—correctness for errors of law and legal principle and palpable and overriding error for all other matters.

(4) *Legal objections that potentially strike at the heart of the issuance of the security certificate in this case*

(a) The constitutionality of the legislative regime for security certificates

[164] Mr. Mahjoub challenges the constitutionality of sections 2, 12, 17 and 21 to 24 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23

pas été satisfaites en l'espèce. Si l'une de ces prétentions est acceptée, alors le certificat de sécurité doit être annulé.

[161] La deuxième façon serait que la Cour fédérale ait commis une erreur susceptible de révision en décidant de ne pas suspendre les procédures de façon permanente aux motifs d'un abus de procédure. M. Mahjoub fait aussi cette observation. Il soutient qu'en raison de divers cas d'inconduite, d'erreurs et d'incidents, notamment des cas d'obtention illicite et d'utilisation illicite d'éléments de preuve, de violations du secret professionnel de l'avocat et de violations des droits garantis par la Charte, la Cour fédérale a commis une erreur donnant lieu à révision en ne suspendant pas de façon permanente les procédures. Autrement dit, peu importe le caractère raisonnable du certificat de sécurité, l'attaque contre la réputation et l'intégrité de l'administration de la justice en l'espèce est tellement grande que les présentes procédures auraient dû être suspendues de façon permanente.

[162] En conséquence, je dois examiner chaque erreur et incident allégué par M. Mahjoub et évaluer la question de savoir si une suspension était justifiée à l'égard de l'un de ces incidents et erreurs. Ensuite, je dois examiner si, collectivement, ces erreurs et incidents justifiaient une suspension permanente des procédures aux motifs d'un abus de procédure.

[163] Bien entendu, ces questions doivent être examinées au titre du contrôle en appel visé par l'arrêt *Housen* — norme de la décision correcte dans le cas des erreurs de droit et de la règle de droit et norme de l'erreur manifeste et dominante pour toutes les autres affaires.

4) *Objections juridiques qui touchent éventuellement un point essentiel de la délivrance du certificat de sécurité en l'espèce*

a) La constitutionnalité du régime législatif concernant les certificats de sécurité

[164] M. Mahjoub conteste la constitutionnalité des articles 2, 12, 17 et 21 à 24 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985),

and Division 9 [sections 76 to 87.2] of the *Immigration and Refugee Protection Act* which largely concerns the security certificate regime followed in this case. If Mr. Mahjoub were to succeed in these constitutional arguments, the security certificate must fall, just as the first security certificate fell after the Supreme Court's decision in *Charkaoui I*, above.

[165] In the Federal Court, some of the bases for Mr. Mahjoub's constitutional challenge were of no merit whatsoever. They had been previously decided by *Charkaoui I* and their reassertion before the Federal Court could have been seen as an abuse of process. Nevertheless, the Federal Court considered Mr. Mahjoub's constitutional challenge in its entirety.

[166] In detailed reasons, the Federal Court dismissed Mr. Mahjoub's constitutional challenge: 2013 FC 1097. I see no basis for intervening with its decision on this issue.

[167] The Federal Court found that the impugned provisions of the *Immigration and Refugee Protection Act* did not violate Charter rights and so there was no need to consider the issue of justification under section 1 of the Charter. I agree.

[168] Key parts of the Federal Court's findings are as follows. The provision in the 2008 amendments for special advocates was constitutional and did not impair Mr. Mahjoub's right to choose his counsel. Closed proceedings in circumstances such as these are constitutional. Judges presiding over security certificate proceedings are independent and impartial. The standard of "reliable and appropriate" for the admissibility of evidence under paragraph 83(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act* was capable of definition and was not arbitrary. The legislative regime required the named person to be informed of the case to meet and, thus, was constitutionally adequate in that regard. Further, the named person, here Mr. Mahjoub, had enough information under this legislative regime to

ch. C-23 et la section 9 [articles 76 à 87.2] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* qui porte principalement sur le régime des certificats de sécurité suivi en l'espèce. Si M. Mahjoub avait gain de cause dans ces arguments constitutionnels, le certificat de sécurité ne serait plus valide, tout comme le premier certificat de sécurité a cessé d'être valide après la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Charkaoui I*, précité.

[165] Devant la Cour fédérale, certains des fondements de la contestation constitutionnelle de M. Mahjoub n'étaient absolument pas fondés. Ils avaient déjà été tranchés par l'arrêt *Charkaoui I* et le fait qu'ils soient invoqués de nouveau devant la Cour fédérale aurait pu être perçu comme un abus de procédure. Néanmoins, la Cour fédérale a examiné la contestation constitutionnelle de M. Mahjoub dans son intégralité.

[166] Dans des motifs détaillés, la Cour fédérale a rejeté la contestation constitutionnelle de M. Mahjoub : 2013 CF 1097. Je ne vois pas de raison pour intervenir dans sa décision sur cette question.

[167] La Cour fédérale a conclu que les dispositions contestées de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ne violaient pas les droits garantis par la Charte et qu'il n'était donc pas nécessaire d'examiner la question de la justification en vertu de l'article premier de la Charte. Je suis d'accord.

[168] Les éléments clés des conclusions de la Cour fédérale sont les suivants. La disposition prévue dans les modifications apportées en 2008 concernant les avocats spéciaux était constitutionnelle et ne portait pas atteinte au droit de M. Mahjoub de choisir ses avocats. Des procédures à huis clos dans des situations telles que celle-ci sont constitutionnelles. Les juges qui président les procédures concernant le certificat de sécurité sont indépendants et impartiaux. La norme de l'élément « digne de foi et utile » concernant l'admissibilité d'éléments de preuve en vertu de l'alinéa 83(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* était susceptible de définition et n'était pas arbitraire. Le régime législatif exigeait que la personne visée soit informée de la thèse à réfuter et, par conséquent, il était tout à fait

know whether or not to testify. The standard of “reasonable grounds to believe” for assessing the reasonableness of the security certificate was constitutional. And the legislative scheme did not authorize arbitrary detention. See generally 2013 FC 1097, at paragraphs 15, 24, 47, 57–61, 87, 95, 122, 128, 144, 152, 156–162, 164 and 171–174. These findings were informed by a careful and correct reading of the applicable jurisprudence, including *Charkaoui I*, *Charkaoui II*, this Court’s decision in *Harkat*, above, *Almrei (Re)*, above, and *Jaballah (Re)*, above.

[169] Indeed, in *Harkat*, decided after the Federal Court’s decision, the Supreme Court rejected a similarly broad constitutional challenge against the security certificate provisions in issue in this case.

[170] In *Harkat*, the Supreme Court held that the security certificate regime in the *Immigration and Refugee Protection Act* was constitutional (at paragraph 4):

I conclude that ... the [*Immigration and Refugee Protection Act*] scheme [concerning security certificates] is constitutional. Crafting a regime that achieves a fundamentally fair process while protecting confidential national security information is a difficult task. The scheme must apply to a broad range of cases, implicating a variety of national security concerns. Parliament’s response to this challenge has been to confer on judges the discretion and flexibility to fashion a fair process, in the particular case before them. If this is impossible, judges must not hesitate to find a breach of the right to a fair process and to grant whatever remedies are appropriate, including a stay of proceedings.

In my view, these words apply equally to Mr. Mahjoub’s sweeping attack against the constitutionality of the security certificate regime.

constitutionnel à cet égard. En outre, la personne visée, en l’espèce M. Mahjoub, disposait de suffisamment de renseignements en vertu du présent régime législatif pour savoir s’il devait ou non témoigner. La norme des « motifs raisonnables de croire » pour apprécier le caractère raisonnable du certificat de sécurité était constitutionnelle. De plus, le régime législatif n’autorisait pas de détention arbitraire. Voir de façon générale 2013 CF 1097, aux paragraphes 15, 24, 47, 57 à 61, 87, 95, 122, 128, 144, 152, 156 à 162, 164 et 171 à 174. Une lecture soigneuse et attentive de la jurisprudence pertinente éclairait ces conclusions, notamment les arrêts *Charkaoui I* et *Charkaoui II*, la décision de notre Cour dans l’arrêt *Harkat*, précité, les décisions *Almrei (Re)*, précitée, et *Jaballah (Re)*, précitée.

[169] En effet, dans l’arrêt *Harkat*, tranché après la décision de la Cour fédérale, la Cour suprême a rejeté une contestation constitutionnelle également vaste des dispositions du certificat de sécurité qui sont en litige en l’espèce.

[170] Dans l’arrêt *Harkat*, la Cour suprême a conclu que le régime du certificat de sécurité établi par la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* était constitutionnel (au paragraphe 4) :

Je conclus que le régime établi par la [*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*] [concernant les certificats de sécurité] est constitutionnel. Il n’est pas facile de concevoir un régime qui instaure un processus fondamentalement équitable tout en protégeant les renseignements confidentiels touchant la sécurité nationale. Un tel régime doit s’appliquer à un large éventail de cas faisant intervenir toute une gamme de considérations liées à la sécurité nationale. La réponse du législateur fut de conférer aux juges le pouvoir discrétionnaire et la latitude nécessaires pour leur permettre d’établir un processus équitable dans chaque affaire particulière dont ils sont saisis. Si cela s’avère impossible, ces juges ne doivent pas hésiter à conclure à une violation du droit à un processus équitable et à accorder toute réparation jugée appropriée, y compris un arrêt des procédures.

À mon avis, ces propos s’appliquent également à la contestation générale de la constitutionnalité du régime des certificats de sécurité par M. Mahjoub.

[171] Before us, Mr. Mahjoub makes arguments that differ in some respects from those raised before the Supreme Court in *Harkat*. For this reason, I considered the constitutional question certified by the Federal Court to be proper and not foreclosed by *Harkat*. Nevertheless, the reasoning of the Supreme Court in *Harkat* still governs. *Harkat* means that Mr. Mahjoub's constitutional arguments must fail.

[172] On the issue of the constitutionality of *ex parte* or closed proceedings in portions of security certificate proceedings, the Supreme Court has confirmed in *Harkat* that closed proceedings are constitutional as long as the named person is given sufficient disclosure to know and meet the case. This is a case-specific inquiry. See *Harkat*, above, at paragraphs 4, 51–60 and 77.

[173] Without the benefit of the Supreme Court's decision in *Harkat* before it, the Federal Court carried out this case-specific inquiry. As a result of that inquiry, it found that “upon consideration of all of the evidence, including summaries, available to Mr. Mahjoub, I find that Mr. Mahjoub was reasonably informed as to the case to meet and was able to meet that case”: 2013 FC 1092, at paragraph 173. Throughout the proceedings, Mr. Mahjoub could make informed choices about how to meet that case: 2013 FC 1097, at paragraph 152. The Federal Court found that from time to time there were gaps in the disclosure—e.g., the failure to give Mr. Mahjoub summaries of certain foreign agency reports—but also found that those gaps did not violate his right to know the case to meet, in part because of the existence of other evidence, often open-source evidence, that gave the same information: see, e.g., 2013 FC 1092, at paragraphs 213–217.

[174] I note that to the extent that Mr. Mahjoub or his counsel were not personally aware of all the details of the classified information, the special advocates were

[171] Devant nous, M. Mahjoub présente des arguments qui diffèrent à certains égards de ceux soulevés devant la Cour suprême dans l'arrêt *Harkat*. Pour cette raison, j'ai estimé la question constitutionnelle certifiée par la Cour fédérale comme étant appropriée et non supplantée par l'arrêt *Harkat*. Néanmoins, le raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *Harkat* est toujours valide. L'arrêt *Harkat* signifie que les arguments constitutionnels de M. Mahjoub doivent être rejetés.

[172] Pour ce qui est de la question de la constitutionnalité des procédures *ex parte* ou à huis clos dans des parties des procédures concernant le certificat de sécurité, la Cour suprême a confirmé dans l'arrêt *Harkat* que les procédures à huis clos sont constitutionnelles pourvu que la personne visée reçoive suffisamment de communications pour connaître la position de la partie adverse et y réagir. Il s'agit d'une instruction propre à l'affaire. Voir l'arrêt *Harkat*, précité, aux paragraphes 4, 51 à 60 et 77.

[173] Sans disposer de l'enseignement de la Cour suprême dans l'arrêt *Harkat*, la Cour fédérale a procédé à cette instruction propre à l'affaire. Suite à cette instruction, elle a conclu que « après examen de l'ensemble de la preuve, y compris les résumés, mise à la disposition de M. Mahjoub, je conclus que M. Mahjoub a été raisonnablement informé de la preuve produite contre lui et a été en mesure d'y répondre » : 2013 CF 1092, au paragraphe 173. Tout au long des procédures, M. Mahjoub pouvait faire des choix éclairés sur la façon de réfuter la preuve produite : 2013 CF 1097, au paragraphe 152. La Cour fédérale a conclu que de temps à autre il y avait des lacunes dans la divulgation — p. ex., l'omission de remettre à M. Mahjoub les résumés de certains rapports d'organismes étrangers —, mais a aussi conclu que ces lacunes ne violaient pas son droit de connaître la preuve produite contre lui, en partie en raison de l'existence d'autres éléments de preuve, provenant souvent de sources publiques, qui fournissaient les mêmes renseignements : à titre d'exemple, voir 2013 CF 1092, aux paragraphes 213 à 217.

[174] Je souligne que, dans la mesure où M. Mahjoub ou son avocat n'étaient pas personnellement au courant de tous les détails des renseignements classifiés,

aware. I confirm that they made use of it in a way that maximized Mr. Mahjoub's chances of success in challenging the reasonableness of the security certificate.

[175] I wish now to deal with specific submissions made by Mr. Mahjoub concerning the constitutionality of some of the specific sections of the *Canadian Security Intelligence Service Act*.

[176] I agree with the reasons of the Federal Court concerning the constitutionality of the *Canadian Security Intelligence Service Act*: 2013 FC 1096. Section 12 of that Act empowers the collection of information and intelligence on activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada. Contrary to Mr. Mahjoub's submission, that power is not untrammelled: investigations may be undertaken only if there are "reasonable grounds to suspect" that activities constitute "threats to the security of Canada" and then only "to the extent that is strictly necessary". I agree with the Federal Court that section 12 is neither vague nor overbroad. Section 12 is limited by section 2, which defines in detail what constitutes a "threat to the security of Canada" in a manner that conforms to the standards set by the Supreme Court of Canada in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36 (vagueness) and *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101 (overbreadth).

[177] Similarly, I am not convinced that the Federal Court erred in assessing the constitutionality of section 12 and related warrant provisions (e.g., section 21) on the basis of Mr. Mahjoub's Charter right under section 8 to not be subject to unreasonable search and seizure. The Federal Court considered and applied the principles in the Supreme Court of Canada's relevant search and seizure jurisprudence and correctly concluded that the lower "reasonable grounds to suspect" standard for investigations complied with section 8 given the "minimally intrusive" nature of the searches and the fact that any investigative warrants under section 21 must be based on the "reasonable grounds to believe" standard: 2013 FC

les avocats spéciaux l'étaient. Je confirme qu'ils les ont effectivement utilisés de façon à maximiser les chances de succès de M. Mahjoub dans sa contestation du caractère raisonnable du certificat de sécurité.

[175] Je vais maintenant aborder les prétentions précises de M. Mahjoub au sujet de la constitutionnalité de certains des articles précis de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*.

[176] Je souscris aux motifs de la Cour fédérale concernant la constitutionnalité de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* : 2013 CF 1096. L'article 12 de la Loi permet la collecte des informations et des renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada. Contrairement à l'allégation de M. Mahjoub, ce pouvoir n'est pas absolu : des enquêtes peuvent être entreprises uniquement s'il existe des « motifs raisonnables de soupçonner » que des activités constituent « des menaces envers la sécurité du Canada », et alors seulement « dans la mesure strictement nécessaire ». Je suis d'accord avec la Cour fédérale quand elle dit que l'article 12 n'est ni imprécis ni trop large dans sa portée. L'article 12 est limité par l'article 2, qui définit en détail ce qui constitue des « menaces envers la sécurité du Canada » d'une manière qui se conforme aux normes exposées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 (imprécision) et *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101 (portée excessive).

[177] Dans le même ordre d'idées, je ne suis pas convaincu que la Cour fédérale ait commis une erreur en appréciant la constitutionnalité de l'article 12 et des dispositions connexes sur les mandats (p. ex., l'article 21) par rapport au droit de M. Mahjoub garanti par la Charte aux termes de l'article 8 à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. La Cour fédérale a examiné et appliqué les principes de la jurisprudence connexe de la Cour suprême sur les fouilles, les perquisitions et les saisies et a correctement conclu que la norme moins exigeante des « motifs raisonnables de soupçonner » respectait les dispositions de l'article 8 étant donné l'« atteinte minimum » à la vie privée que

1096, at paragraphs 35 and 36. All of this is consistent with this Court's decision in *Atwal v. Canada*, [1988] 1 F.C. 107, (1987), 79 N.R. 91 (C.A.).

[178] In this Court, Mr. Mahjoub submits that sections 21–24 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* violate section 8 of the Charter to the extent that they allow the systematic interception of and listening to solicitor-client communications. I disagree. On their face, the sections are broad warrant-authorizing provisions, just like any other search warrant provisions. To the extent the sections are used improperly, for instance to authorize the interception of solicitor-client communications, that is a question concerning the validity of the warrant issued under these provisions or the manner in which an interception is carried out. The provisions themselves are not invalid.

[179] Section 17 allows for intelligence sharing. Mr. Mahjoub submits that this section also violates his right against unreasonable search and seizure under section 8 of the Charter. On this, again I agree with the conclusion of the Federal Court: 2013 FC 1096, at paragraph 65. The intelligence-sharing scheme under the *Canadian Security Intelligence Service Act* is subject to various safeguards and oversight and does not in principle or on the facts of this case result in unreasonable searches in violation of the Charter, in accordance with the Supreme Court of Canada's decision in *Wakeling v. United States of America*, 2014 SCC 72, [2014] 3 S.C.R. 549.

[180] In this Court, Mr. Mahjoub advances an additional cluster of Charter arguments against the security certificate legislative regime without any relevant cases directly on point. These arguments are foreclosed by the Supreme Court's general blessing of the security certificate review regime in paragraph 4 of its decision

représentent les fouilles et le fait que les mandats d'enquête prévus à l'article 21 doivent se fonder sur la norme des « motifs raisonnables de soupçonner » : 2013 CF 1096, aux paragraphes 35 et 36. Tout cela est conforme à la décision de la Cour dans l'arrêt *Atwal c. Canada*, [1988] 1 C.F. 107 (C.A.).

[178] Devant notre Cour, M. Mahjoub soutient que les articles 21 à 24 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* violent l'article 8 de la Charte dans la mesure où ils permettent l'interception systématique et l'écoute des communications entre l'avocat et son client. Je ne suis pas de cet avis. En soi, les articles comportent des dispositions qui ont une vaste portée d'autorisation fondée sur un mandat, à l'instar de toute autre disposition concernant les mandats de perquisition. Dans la mesure où les articles sont utilisés de façon irrégulière, par exemple pour autoriser l'interception de communications entre l'avocat et son client, il s'agit d'une question concernant la validité du mandat délivré en vertu de ces dispositions ou de la façon dont l'interception est exécutée. Les articles eux-mêmes ne sont pas invalides.

[179] L'article 17 permet l'échange de renseignements. M. Mahjoub soutient que cet article viole également son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'article 8 de Charte. À cet égard, une fois de plus, je souscris à la conclusion de la Cour fédérale : 2013 CF 1096, au paragraphe 65. Le régime d'échange de renseignements en vertu de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* est assujéti à diverses mesures de protection et divers mécanismes de surveillance et ne donne pas lieu en principe ou dans les faits de l'espèce à des fouilles abusives en violation de la Charte, selon la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Wakeling c. États-Unis d'Amérique*, 2014 CSC 72, [2014] 3 R.C.S. 549.

[180] Devant notre Cour, M. Mahjoub fait valoir une autre série d'arguments fondés sur la Charte à l'encontre du régime législatif des certificats de sécurité sans cause pertinente portant directement sur ce point. Ces arguments sont supplantés par l'autorisation générale de la Cour suprême concernant le régime d'examen

in *Harkat*, above. Nevertheless, I will focus on a couple of them.

[181] In this Court, Mr. Mahjoub challenges the legislative regime and its provision for special advocates on the basis of the right to counsel in section 10 of the Charter. I see no violation. The Supreme Court has upheld the separate roles of counsel for the named person and the special advocates and I also agree with the Federal Court's rejection of this argument for the reasons it gave: 2013 FC 1097, at paragraphs 116–122; *Harkat*, above, at paragraphs 67–73.

[182] On the Charter right to be free from arbitrary detention, the Supreme Court has confirmed that the impugned provisions in principle do not violate section 9 of the Charter. This scheme has standards that, in the words of *Charkaoui I*, “are rationally related to the purpose of the power of detention” (at paragraphs 89 and 93). As the Federal Court noted (at paragraphs 171–173 of 2013 FC 1097), under section 81 of the *Immigration and Refugee Protection Act* the ministers must have reasonable grounds to believe that the named person poses a threat to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear for removal proceedings. Under section 82 of the Act, when reviewing the named person's detention or conditions of release, the Federal Court must carefully examine the individual's circumstances and assess the appropriateness of the detention. This is a proportionate response and an appropriate safeguard that ensures non-arbitrary detention and, thus, it is constitutional.

[183] In summary, I reject the constitutional submissions advanced by Mr. Mahjoub, substantially for the reasons given by the Federal Court. Given that the Federal Court correctly found that none of the impugned provisions infringed Mr. Mahjoub's Charter rights, there was no need for it to consider section 1 of

des certificats de sécurité au paragraphe 4 de sa décision dans l'arrêt *Harkat*, précité. Néanmoins, j'en aborderai quelques-uns.

[181] Devant notre Cour, M. Mahjoub conteste le régime législatif et sa disposition concernant les avocats spéciaux au titre du droit à un avocat garanti par l'article 10 de la Charte. Je n'y vois aucune violation. La Cour suprême a maintenu les rôles distincts des avocats pour la personne visée et les avocats spéciaux et je suis aussi d'accord avec la Cour fédérale quand elle rejette cet argument pour les motifs qu'elle a donnés : 2013 CF 1097, aux paragraphes 116 à 122; arrêt *Harkat*, précité, aux paragraphes 67 à 73.

[182] Quant au droit garanti par la Charte d'être à l'abri de la détention arbitraire, la Cour suprême a confirmé que les dispositions contestées, en principe, ne violent pas l'article 9 de la Charte. Ce régime comporte des liens qui, pour reprendre les propos de la Cour suprême dans l'arrêt *Charkaoui I*, « ont un lien rationnel avec l'objectif visé par l'attribution du pouvoir de détention » (aux paragraphes 89 et 93). Comme l'a souligné la Cour fédérale (aux paragraphes 171 à 173 de la référence 2013 CF 1097), en vertu de l'article 81 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, les ministres doivent avoir des motifs raisonnables de croire que la personne visée constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'elle se soustraira vraisemblablement à la procédure relative à la mesure de renvoi. Aux termes de l'article 82 de la Loi, au moment du contrôle de la détention ou des conditions de mise en liberté de la personne visée, la Cour fédérale doit examiner minutieusement les circonstances de la personne et évaluer le caractère approprié de la détention. Il s'agit d'une réponse proportionnée et d'une mesure de protection appropriée qui garantit une détention non arbitraire et, de ce fait, elle est constitutionnelle.

[183] En résumé, je rejette les allégations constitutionnelles que fait valoir M. Mahjoub, principalement pour les motifs donnés par la Cour fédérale. Étant donné que la Cour fédérale a conclu à juste titre qu'aucune des dispositions contestées ne portait atteinte aux droits de M. Mahjoub garantis par la Charte, il n'était donc

the Charter. The legislative regime at issue in this case is constitutional.

(b) Legal prerequisites for the issuance of security certificates

[184] Mr. Mahjoub submits that the ministers failed to exercise their powers properly in issuing the security certificate in this case.

[185] The Federal Court carefully examined this allegation and rejected it. It found that the ministers conducted their own reviews of the Security Intelligence Report, appropriately relied on the advice and recommendations of their officials, and personally considered and signed the security certificate: 2013 FC 1095, at paragraphs 114 and 119. They were given briefings and were given all of the supporting documents: 2013 FC 1095, at paragraphs 109 and 114–115. The Federal Court reached these conclusions relying in part upon the personal testimony of one of the ministers and the testimony of several officials. There is no basis to reject these findings.

[186] In this Court, Mr. Mahjoub seems to suggest that before signing the security certificate the ministers had to read and consider every last bit of evidence. I reject this.

[187] Section 77 of the *Immigration and Refugee Protection Act* states that the ministers “shall sign” a security certificate stating the person named in the certificate is inadmissible. This is a broad potential power seemingly unqualified by statutory wording. But the section does not give the ministers an untrammelled discretion.

[188] The potential power to do something is one thing; the discretion to exercise it is another: *Entreprises Sibeca Inc. v. Frelighsburg (Municipality)*, 2004 SCC 61, [2004] 3 S.C.R. 304, at paragraph 21. In other words,

pas nécessaire de tenir compte de l’article premier de la Charte. Le régime législatif en litige en l’espèce est constitutionnel.

b) Conditions juridiques concernant la délivrance des certificats de sécurité

[184] M. Mahjoub soutient que les ministres ont négligé d’exercer leurs pouvoirs de façon régulière en délivrant le certificat de sécurité en l’espèce.

[185] La Cour fédérale a examiné minutieusement cette allégation et l’a rejetée. Elle a conclu que les ministres ont mené leurs propres examens du rapport de renseignements de sécurité, se sont fondés de façon régulière sur les conseils et recommandations de leurs fonctionnaires et ont personnellement examiné et signé le certificat de sécurité : 2013 CF 1095, aux paragraphes 114 et 119. Ils ont eu droit à des séances d’information et ont reçu tous les documents justificatifs : 2013 CF 1095, aux paragraphes 109, 114 et 115. La Cour fédérale est parvenue à ces conclusions en se fondant en partie sur le témoignage personnel de l’un des ministres et sur les témoignages de plusieurs fonctionnaires. Il n’existe aucun fondement pour rejeter ces conclusions.

[186] Devant notre Cour, M. Mahjoub semble laisser entendre qu’avant de signer le certificat de sécurité, les ministres devaient lire et prendre en compte la totalité des éléments de preuve, sans exception. Je rejette cette prétention.

[187] Aux termes de l’article 77 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, les ministres « signent » un certificat de sécurité attestant que la personne visée dans le certificat est interdite de territoire. Il s’agit d’un vaste pouvoir potentiel apparemment absolu selon le texte de loi. Toutefois, l’article ne donne pas aux ministres un pouvoir discrétionnaire absolu.

[188] Le pouvoir potentiel de faire quelque chose est une chose; le pouvoir discrétionnaire de l’exercer en est une autre : arrêt *Entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, 2004 CSC 61, [2004] 3 R.C.S. 304, au paragraphe 21. Autrement dit,



... there is no such thing as absolute and untrammelled “discretion”, that is that action can be taken on any ground or for any reason that can be suggested to the mind of the administrator; no legislative Act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant, regardless of the nature or purpose of the statute .... [T]here is always a perspective within which a statute is intended to operate; and any clear departure from its lines or objects is ... objectionable ....

(*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, (1959), 16 D.L.R. (2d) 689, at page 140; see also *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] UKHL 1, [1968] A.C. 997 (H.L.)).

[189] To discern the “perspective within which a statute is intended to operate”, we must consider the text, context and purpose of the security certificate provisions of the *Immigration and Refugee Protection Act: Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193 and *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559. Having done so, I conclude it is not necessary for the ministers to have reviewed every last bit of information and to satisfy themselves that a certificate is reasonable before signing it. If that were the standard, the later assessment by the Federal Court of the reasonableness of the security certificate would be somewhat redundant. In no way does the Act require a double assessment of reasonableness of the security certificate.

[190] In this regard, I also agree with the Federal Court’s observation that “the executive could not function if Ministers were required to personally conduct an investigation into every decision or even to read every facting document relevant to the decision, particularly if, as here, the case involves a large volume of material”: 2013 FC 1095, at paragraph 109.

[191] This being said, the issuance of a security certificate against a named person is no small thing. It has

[TRADUCTION] [...] il n’y a rien de tel qu’une « discrétion » absolue et sans entraves, c’est-à-dire celle où l’administrateur pourrait agir pour n’importe quel motif ou pour toute raison qui se présenterait à son esprit; une loi ne peut, si elle ne l’exprime expressément, s’interpréter comme ayant voulu conférer un pouvoir arbitraire illimité pouvant être exercé dans n’importe quel but, si fantaisiste et hors de propos soit-il, sans avoir égard à la nature ou au but de cette loi [...] Une loi doit toujours s’entendre comme s’appliquant dans une certaine optique, et tout écart manifeste de sa ligne ou de son objet est [...] répréhensible [...]

(arrêt *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la page 140; voir aussi l’arrêt *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] UKHL 1, [1968] A.C. 997 (H.L.)).

[189] [TRADUCTION] « Une loi doit toujours s’entendre comme s’appliquant dans une certaine optique » et, pour identifier cette optique, nous devons tenir compte du libellé, du contexte et de l’objet des dispositions portant sur le certificat de sécurité dans la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* : arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 et arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559. L’ayant fait, je conclus qu’il n’est pas nécessaire pour les ministres d’examiner la totalité des renseignements, sans exception, et d’être convaincus qu’un certificat est raisonnable avant de le signer. Si telle était la norme, l’appréciation subséquente par la Cour fédérale du caractère raisonnable du certificat de sécurité serait en quelque sorte redondante. La Loi n’exige absolument pas une double évaluation du caractère raisonnable du certificat de sécurité.

[190] À cet égard, je souscris également à l’observation de la Cour fédérale selon laquelle [TRADUCTION] « l’exécutif ne pourrait pas fonctionner si les ministres étaient tenus de mener personnellement une enquête dans le cadre de chaque décision ou même de lire chaque document établissant des faits se reportant à la décision, en particulier si, comme en l’espèce, l’affaire comporte un très grand nombre de documents » : 2013 CF 1095, au paragraphe 109.

[191] Cela étant dit, la délivrance d’un certificat de sécurité à l’encontre d’une personne visée n’est pas une

drastic consequences. As Mr. Mahjoub points out to us, and as happened here, it can result in the arrest and detention of the named person, to say nothing of the protracted nature of the proceedings that follow and the ultimate consequence of inadmissibility. The ministers cannot just autograph the certificate blithely; far from it. And, in the case of the Minister of Citizenship and Immigration, the Minister must personally sign the certificate: subsection 6(3) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

[192] I note subsection 77(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Under this section, “the Minister”, in this case the Minister of Public Safety, shall file with the Court the information and other evidence that is relevant to the ground of inadmissibility stated in the certificate and on which the certificate is based, as well as a summary of information and other evidence that enables the person named in the certificate to be reasonably informed of the case made. This is not necessarily the Minister in her personal capacity. Typically, this is done by the Minister’s officials, acting under the principle in *Carltona Ltd. v. Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560 (C.A.). There is no necessary relationship between the information disclosed under subsection 77(2) and the information that the ministers must have before them when considering whether to sign a security certificate under subsection 77(1) of the Act.

[193] In light of the foregoing, I conclude that the ministers do not need to review all of the information to be disclosed under subsection 77(2) to the named person before signing a security certificate. Instead, they need to review enough material in order to be satisfied that they can express an opinion in the security certificate that the named person is inadmissible under one of the grounds in subsection 34(1) of the Act and that the opinion is sufficiently well founded as to justify the consequences set in motion by the issuance of the certificate. This requires supporting evidence that is cogent and credible.

mince tâche. Elle a de lourdes conséquences. Comme nous le fait remarquer M. Mahjoub, et comme il est arrivé en l’espèce, cela peut donner lieu à l’arrestation et la détention de la personne visée, sans parler de la nature prolongée des procédures qui s’ensuivent et de la conséquence ultime de l’interdiction de territoire. Les ministres ne peuvent pas tout simplement autographier le certificat allègrement; loin de là. Dans le cas du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration, le ministre doit personnellement signer le certificat : paragraphe 6(3) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*.

[192] J’attire l’attention du lecteur sur le paragraphe 77(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. En vertu de ce paragraphe, « le ministre », en l’espèce le ministre de la Sécurité publique, dépose en même temps que le certificat les renseignements et autres éléments de preuve qui se rapportent à l’interdiction de territoire constatée dans le certificat et justifiant ce dernier, ainsi qu’un résumé de la preuve qui permet à la personne visée d’être suffisamment informée de sa thèse. Ce n’est pas nécessairement le ministre à titre personnel. Habituellement, ce sont les fonctionnaires du ministre qui le font, agissant en vertu du principe exposé dans l’arrêt *Carltona Ltd. v. Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560 (C.A.). Il n’existe aucun lien nécessaire entre les renseignements divulgués en vertu du paragraphe 77(2) et les renseignements dont les ministres doivent disposer au moment de décider s’ils signent un certificat de sécurité en vertu du paragraphe 77(1) de la Loi.

[193] Compte tenu de ce qui précède, je conclus qu’il n’est pas nécessaire que les ministres examinent tous les renseignements à divulguer en vertu du paragraphe 77(2) à la personne visée avant de signer un certificat de sécurité. Au contraire, ils doivent examiner suffisamment de documents pour être convaincus qu’ils peuvent exprimer une opinion dans le certificat de sécurité selon laquelle la personne visée est interdite de territoire en vertu de l’un des motifs énoncés au paragraphe 34(1) de la Loi et que l’opinion est suffisamment bien fondée pour justifier les conséquences qui découlent de la délivrance du certificat. Pour cela, il faut des éléments de preuve convaincants et crédibles.

[194] In this case, that threshold was easily met. The ministers were given the Security Intelligence Report, in this case a very detailed document. That document gave the ministers enough information to sign the security certificate. For good measure, aside from the Security Intelligence Report, the ministers had access to the advice and recommendations of their officials, briefings, and all the supporting documents.

[195] The security certificate the ministers signed itself qualifies as a “certificate” within the meaning of subsection 77(1) of the Act. It states that the ministers have “an opinion ... based on a Security Intelligence Report received and considered by [them]” that Mr. Mahjoub is inadmissible. They are warranting that they received and considered the Security Intelligence Report, nothing more, and that they have formed “an opinion”, nothing more. From there, the reasonableness of the security certificate can be tested by referring it to the Federal Court and, as is well known, all evidence bearing upon the reasonableness of the security certificate may be admitted in support of it.

[196] Mr. Mahjoub also submits that he should have been entitled to bring a judicial review against the issuance of the certificate right after it was issued. I reject this. Under this legislative regime, judicial review of the issuance of a security certificate is ousted. In its place is an automatic referral of the certificate to the Federal Court for an assessment of its reasonableness. In these circumstances, it is open to Parliament to oust judicial review by enacting another form of meaningful review by a court; in no sense is immunization of executive action from review taking place: *JP Morgan*, above; *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 128, at paragraphs 51 and 77–78. For example, as *JP Morgan* shows, while tax assessments issued by the Minister of National Revenue are decisions of the Minister, Parliament has ousted judicial review. It has provided an alternate form of meaningful review of the Minister’s decision through administrative review and, ultimately, an appeal to the Tax Court of Canada and beyond.

[194] En l’espèce, ce critère minimum a été facilement satisfait. Les ministres ont reçu le rapport de renseignements de sécurité, en l’espèce un document très détaillé. Ce document donnait aux ministres suffisamment de renseignements pour qu’ils signent le certificat de sécurité. Pour faire bonne mesure, outre le rapport de renseignements de sécurité, les ministres ont eu accès aux conseils et recommandations de leurs fonctionnaires, à des séances d’information et à tous les documents justificatifs.

[195] Comme tel, le certificat de sécurité que les ministres ont signé constitue un « certificat » au sens du paragraphe 77(1) de la Loi. Il précise que les ministres sont « d’avis [...] qu’à la lumière de renseignements secrets en matière de sécurité dont [ils] ont eu connaissance » que M. Mahjoub est interdit de territoire. Ils assurent qu’ils ont reçu et pris en compte le rapport de renseignements de sécurité, rien de plus, et qu’ils se sont fait « un avis », rien d’autre. On peut alors vérifier le caractère raisonnable du certificat de sécurité en le renvoyant à la Cour fédérale et, comme on le sait bien, tous les éléments de preuve qui ont une incidence sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité peuvent être admis pour l’appuyer.

[196] M. Mahjoub soutient aussi qu’il aurait dû avoir droit à un contrôle judiciaire à l’encontre de la délivrance du certificat immédiatement après sa délivrance. Je rejette cette prétention. Le présent régime législatif fait échec au contrôle judiciaire de la délivrance d’un certificat de sécurité. À sa place, il y a un renvoi automatique du certificat à la Cour fédérale pour une évaluation de son caractère raisonnable. Dans ces circonstances, il est loisible au législateur de faire échec au contrôle judiciaire en adoptant une autre forme de contrôle approfondi par un tribunal; il n’est absolument pas question de mettre les mesures de l’exécutif à l’abri du contrôle : arrêt *JP Morgan*, précité; arrêt *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 128, aux paragraphes 51, 77 et 78. Par exemple, comme l’indique l’arrêt *JP Morgan*, bien que les avis de cotisation établis par le ministre du Revenu national soient des décisions du ministre, le législateur a fait échec au contrôle judiciaire. Il a fourni une autre forme de contrôle rigoureux de la décision du ministre par le

[197] Finally, the special advocates submit that the Canadian Security Intelligence Service owes a duty of candour—a duty to make full, fair and frank disclosure—to the ministers so that they can properly assess whether to sign the security certificate.

[198] The Federal Court rejected this submission. It found that there was no legal basis for the Court reaching behind the ministers and enforcing a duty owed to them by their subordinate agencies and officials: 2013 FC 1095, at paragraph 142. The role of the subordinate agencies and officials was to provide their expert recommendation to the ministers: 2013 FC 1095, at paragraph 160. The implication of such a duty was unnecessary. If the ministers relied on misleading or incomplete information when they signed the security certificate, the Federal Court could find the certificate unreasonable: 2013 FC 1095, at paragraph 140.

[199] The legal validity of this finding need not be determined. The Federal Court found that to the extent there was a duty of candour, it was met. It found no misleading information or omissions in the Security Intelligence Report that formed the basis of the certificates: 2013 FC 1095, at paragraphs 160–161. As well, it found that the Canadian Security Intelligence Service did take into account exculpatory information when preparing the Security Intelligence Report: 2013 FC 1095, at paras. 160 and 161. And having reviewed the facting documents behind the Security Intelligence Report, the Federal Court was well positioned to assess this: 2013 FC 1095, at paragraph 155. There is no palpable and overriding error in these findings.

[200] The special advocates submit that there was undisclosed information withheld from the ministers that

biais d'une révision administrative et, en fin de compte, un appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt et des cours de juridiction supérieure.

[197] Finalement, les avocats spéciaux soutiennent que le Service canadien du renseignement de sécurité a une obligation de franchise — une obligation de faire une communication pleine et entière — aux ministres afin qu'ils puissent évaluer de façon appropriée s'ils doivent signer le certificat de sécurité.

[198] La Cour fédérale a rejeté cette observation. Elle a conclu qu'il n'existait aucun fondement juridique permettant à la Cour de contourner les ministres et de contraindre leurs fonctionnaires et organismes subordonnés à s'acquitter d'une obligation à leur égard : 2013 CF 1095, au paragraphe 142. Le rôle des organismes subordonnés et des fonctionnaires consistait à offrir leur recommandation spécialisée aux ministres : 2013 CF 1095, au paragraphe 160. La reconnaissance tacite d'une telle obligation n'était pas nécessaire. Si les ministres se sont fiés à des renseignements incomplets ou trompeurs lorsqu'ils ont signé le certificat de sécurité, la Cour fédérale pourrait conclure que le certificat n'est pas raisonnable : 2013 CF 1095, au paragraphe 140.

[199] La validité juridique de cette conclusion n'a pas à être tranchée. La Cour fédérale a conclu que, dans la mesure où il existait une obligation de franchise, elle était satisfaite. Elle n'a trouvé aucun renseignement trompeur ni omission dans le rapport de renseignements de sécurité qui formait le fondement des certificats : 2013 CF 1095, aux paragraphes 160 et 161. En outre, elle a conclu que le Service canadien du renseignement de sécurité n'avait pas tenu compte de renseignements exculpatoires lorsqu'il a rédigé le rapport de renseignements de sécurité : 2013 CF 1095, aux paragraphes 160 et 161. Ayant revu les documents d'établissement des faits à la base du rapport de renseignements de sécurité, la Cour fédérale était bien placée pour l'apprécier : 2013 CF 1095, au paragraphe 155. Il n'y a aucune erreur manifeste et dominante dans ces conclusions.

[200] Les avocats spéciaux soutiennent qu'il y avait des renseignements non divulgués qui n'avaient pas

is confidential in nature. In the closed hearing it made submissions on this. The Federal Court was aware of this undisclosed information but still made the findings it did. However, this undisclosed information could not have plausibly affected the issuance of the certificate. As well, its non-disclosure is not of such significance that the values that underlie our system of justice are offended in a manner that might attract the remedy of a permanent stay.

*(5) Should the security certificate proceedings have been stayed permanently on account of an abuse of process?*

[201] Mr. Mahjoub submits that various instances of misconduct, violations of legal rights and Charter breaches took place and that, individually and collectively, these should have resulted in a permanent stay of the security certificate proceedings.

[202] Often the Federal Court found no misconduct, no violations of legal rights or no infringements of the Charter. Sometimes it found misconduct, violations of legal rights and Charter breaches but held that none of them by themselves warranted a permanent stay of the security certificate proceedings. And it also found that collectively any misconduct, violations of legal rights and Charter breaches did not warrant a permanent stay of the security certificate proceedings.

[203] These points are developed below. Overall, on almost all of these points, I agree with the results reached by the Federal Court substantially for the reasons it gave.

[204] At the outset, I wish to examine the legal principles governing abuses of process and the remedies available for them, particularly the remedy of a permanent stay.

été communiqués aux ministres et qui étaient de nature confidentielle. Lors de l'audience à huis clos, ils ont fait des observations à ce sujet. La Cour fédérale était au courant de ces renseignements non divulgués, mais elle a quand même conclu comme elle l'a fait. Cependant, ces renseignements non divulgués n'auraient pas vraisemblablement avoir d'incidence sur la délivrance du certificat. En outre, leur non-divulgation ne revêt pas une importance telle que les valeurs qui sous-tendent notre système de justice sont bafouées d'une façon qui pourrait donner lieu à la réparation sous forme d'un arrêt permanent des procédures.

*(5) Est-ce qu'il y aurait dû y avoir, aux motifs d'un abus de procédure, un arrêt permanent des procédures concernant le certificat de sécurité?*

[201] M. Mahjoub soutient que divers cas d'inconduite, violations des droits juridiques et manquements à la Charte ont eu lieu et que, individuellement et collectivement, ces cas auraient dû entraîner un arrêt permanent des procédures concernant le certificat de sécurité.

[202] Souvent, la Cour fédérale a conclu qu'il n'y a eu aucune inconduite, aucune violation de droits juridiques et aucun manquement à la Charte. Parfois, elle a conclu qu'il y a eu inconduite, violations des droits juridiques et manquements à la Charte, mais a maintenu que rien de tout cela ne justifiait pas en soi un arrêt permanent des procédures concernant le certificat de sécurité. Elle a aussi conclu que, collectivement, les cas d'inconduite, de violations des droits juridiques et de manquements à la Charte ne justifiaient pas un arrêt permanent des procédures concernant le certificat de sécurité.

[203] Ces points sont développés ci-dessous. Dans l'ensemble, sur pratiquement la totalité de ces points, je suis d'accord avec les résultats auxquels est parvenue la Cour fédérale, principalement pour les motifs qu'elle a donnés.

[204] Dès le départ, je tiens à examiner les règles de droit régissant les abus de procédure et les réparations disponibles, en particulier la réparation sous la forme d'un arrêt permanent.

[205] On this, I see no error in law or in legal principle on the part of the Federal Court.

[206] The remedy of a permanent stay for abuse of process exists in the Federal Court system by virtue of its statute, its plenary powers and, where Charter rights have been infringed, the remedial provisions of the Charter: *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, section 50; *Philipos v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 79, [2016] 4 F.C.R. 268, at paragraph 23; *Mazhero v. Fox*, 2014 FCA 219, at paragraph 4; *Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50, [2013] 3 C.T.C. 126; subsection 24(1) of the Charter (“just and appropriate remedy”).

[207] As the Federal Court noted, abuses of process are often said to arise in two situations. Some abuses center on the effect of a proceeding on the person to whom it is directed and concern the fairness of the proceeding to that person. Others “contraven[e] fundamental notions of justice” and “thus undermin[e] the integrity of the judicial process”: 2012 FC 669, at paragraph 68, citing *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, (1995), 130 D.L.R. (4th) 235, at paragraph 73; see also *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566, at paragraph 36. The roots of these two categories are to be found in the classic statement in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, (1985), 20 D.L.R. (4th) 651, at pages 136 and 137 concerning when an abuse of process will be found: “where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community’s sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court’s process through oppressive or vexatious proceedings.”

[208] Also, as the Federal Court noted, there is no single remedy for abuse of process. In fact, there are many possible remedies available to redress instances of misconduct, violations of legal rights and Charter breaches. In *O’Connor*, above, at paragraph 69, the Supreme Court spoke of a range of tools existing under the Charter and the common law ranging from a scalpel to an axe that could be used to “fashion, more carefully than ever, solutions taking into account the sometimes

[205] À cet égard, je ne vois aucune erreur de droit ou de règle de droit de la part de la Cour fédérale.

[206] La réparation qui consiste en un arrêt permanent aux motifs d’un abus de procédure existe dans le système de la Cour fédérale du fait de sa loi constitutive, de ses pouvoirs pléniers et, lorsqu’il s’agit d’une violation des droits garantis par la Charte, des dispositions réparatrices de la Charte : *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, article 50; arrêt *Philipos c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 79, [2016] 4 R.C.F. 268, au paragraphe 23; arrêt *Mazhero c. Fox*, 2014 CAF 219, au paragraphe 4; arrêt *Canada (Revenu national) c. Compagnie d’assurance vie RBC*, 2013 CAF 50; paragraphe 24(1) de la Charte (« une réparation convenable et juste »).

[207] Comme l’a souligné la Cour fédérale, les abus de procédure surviendraient souvent dans deux situations. Certains abus portent sur l’incidence d’une instance sur la personne à laquelle elle s’adresse et concernent l’équité de l’instance envers cette personne. D’autres « contrev[iennent] aux notions fondamentales de justice » et « [portent] ainsi [atteinte à] l’intégrité du processus judiciaire » : 2012 CF 669, au paragraphe 68, citant l’arrêt *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, au paragraphe 73; voir aussi l’arrêt *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566, au paragraphe 36. Les racines de ces deux catégories se trouvent dans la déclaration classique de l’arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, aux pages 136 et 137 concernant le moment où un abus de procédure sera constaté : « lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société, ainsi que d’empêcher l’abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire ».

[208] De plus, comme l’a souligné la Cour fédérale, il n’existe pas de réparation unique pour les abus de procédure. De fait, il existe de nombreuses réparations pour réparer les cas d’inconduite, les violations des droits juridiques et les manquements à la Charte. Dans l’arrêt *O’Connor*, précité au paragraphe 69, la Cour suprême a parlé d’une gamme d’outils qui existent en vertu de la Charte et de la common law, allant du scalpel à la hache, qui pourraient servir à « façonner mieux que jamais des

complementary and sometimes opposing concerns of fairness to the individual, societal interests, and the integrity of the judicial system.”

[209] The most drastic remedy—perhaps the sledgehammer in the judicial workshop—is the permanent stay of proceedings. It is warranted only in the “clearest of cases”: *O’Connor*, at paragraph 68; *Jewitt*, at page 137; *Nixon*, at paragraph 37; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, (1994), 89 C.C.C. (3d) 1, at page 616.

[210] The most recent word of the Supreme Court on the “clearest of cases” threshold is in *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at paragraph 32. There, the Supreme Court laid out the three-part test for a stay, citing *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297:

The test used to determine whether a stay of proceedings is warranted is the same for both [situations] and consists of three requirements:

- (1) There must be prejudice to the accused’s right to a fair trial or the integrity of the justice system that “will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome” (*Regan*, at para. 54);
- (2) There must be no alternative remedy capable of redressing the prejudice; and
- (3) Where there is still uncertainty over whether a stay is warranted after steps (1) and (2), the court is required to balance the interests in favour of granting a stay, such as denouncing misconduct and preserving the integrity of the justice system, against “the interest that society has in having a final decision on the merits” (*ibid.*, at para. 57).

[211] This is consistent with the passage from *Nixon*, at paragraph 42, adopted by the Federal Court at paragraph 42 of 2013 FC 1095:

The test for granting a stay of proceedings for abuse of process, regardless of whether the abuse causes prejudice

solutions qui tiennent compte [...] des préoccupations parfois complémentaires et parfois contraires que sont l’équité envers les individus [...] les intérêts de la société et l’intégrité du système judiciaire ».

[209] La réparation la plus draconienne — peut-être la masse dans la boîte à outils judiciaire — est l’arrêt permanent de l’instance. Il est justifié uniquement dans les « cas les plus manifestes » : arrêt *O’Connor*, au paragraphe 68; arrêt *Jewitt*, à la page 137; arrêt *Nixon*, au paragraphe 37; arrêt *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, à la page 616.

[210] La plus récente intervention de la Cour suprême sur le critère des « cas les plus manifestes » est exposée dans l’arrêt *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, au paragraphe 32. La Cour suprême y a exposé le critère en trois volets pour un arrêt des procédures, citant l’arrêt *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297 :

Le test servant à déterminer si l’arrêt des procédures se justifie est le même pour les deux [situations] et comporte trois exigences :

- (1) Il doit y avoir une atteinte au droit de l’accusé à un procès équitable ou à l’intégrité du système de justice qui « sera révéle[e], perpétué[e] ou aggravé[e] par le déroulement du procès ou par son issue » (*Regan*, au par. 54);
- (2) Il ne doit y avoir aucune autre réparation susceptible de corriger l’atteinte;
- (3) S’il subsiste une incertitude quant à l’opportunité de l’arrêt des procédures à l’issue des deux premières étapes, le tribunal doit mettre en balance les intérêts militent en faveur de cet arrêt, comme le fait de dénoncer la conduite répréhensible et de préserver l’intégrité du système de justice, d’une part, et « l’intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond », d’autre part (*ibid.*, par. 57).

[211] Cela est conforme au passage tiré de l’arrêt *Nixon*, au paragraphe 42 adopté par la Cour fédérale au paragraphe 42 de la référence 2013 CF 1095 :

Le critère à appliquer pour décider s’il y a lieu d’accorder une suspension de l’instance pour abus de procédure,

to the accused's fair trial interests or to the integrity of the justice system, is that set out in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, and *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297. A stay of proceedings will only be appropriate when: "(1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice" (*Regan*, at para. 54, citing *O'Connor*, at para. 75).

[212] In some of its decisions, the Supreme Court has not only explained that there is a high threshold ("clear-cut cases") but also has required that there be a balancing of the need for the remedy against the societal interests of the proceeding continuing, as captured in the third step of the test outlined in *Babos*, above. Under this balancing, a stay is warranted only where the former is disproportional to the latter.

[213] For example, in *Nixon*, at paragraph 38, the Supreme Court suggested that "[a]chieving the appropriate balance between societal and individual concerns defines the essential character of abuse of process."

[214] The Supreme Court in *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, (1989), 49 C.C.C. (3d) 289, at page 1667 (quoted by the Federal Court at paragraph 36 of 2013 FC 1095) explained it this way:

Under the doctrine of abuse of process [in the criminal context], the unfair or oppressive treatment of an appellant disentitles the Crown to carry on with the prosecution of the charge. The prosecution is set aside, not on the merits (see *Jewitt*, *supra*, at p. 148), but because it is tainted to such a degree that to allow it to proceed would tarnish the integrity of the court. The doctrine is one of the safeguards designed to ensure "that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society" (*Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 689, *per* Lamer J.) It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play

peu importe qu'il y ait eu ou non atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable ou à l'intégrité du système de justice, est celui qui a été exposé dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, et *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297. Il ne conviendra d'ordonner la suspension de l'instance que lorsque les deux critères suivants seront remplis : « (1) le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue; (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice » (*Regan*, par. 54, citant *O'Connor*, par. 75).

[212] Dans certaines de ses décisions, la Cour suprême n'a pas seulement expliqué qu'il existe un seuil élevé (« cas les plus manifestes »), mais elle a aussi exigé qu'il y ait une mise en balance du besoin de la réparation et des intérêts de la société pour la poursuite de l'instance, comme le prévoit le troisième volet du critère exposé dans l'arrêt *Babos*, précité. Dans le cadre de cette mise en balance, un arrêt des procédures est justifié uniquement lorsque le besoin est disproportionné par rapport aux intérêts.

[213] Par exemple, au paragraphe 38 de l'arrêt *Nixon*, la Cour suprême a indiqué que « [t]rouver le juste équilibre entre les préoccupations des individus et celles de la société : voilà le caractère essentiel de l'analyse relative à l'abus de procédure ».

[214] La Cour suprême, dans l'arrêt *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, à la page 1667 (cité par la Cour fédérale au paragraphe 36 de la référence 2013 CF 1095) l'a expliqué ainsi :

Suivant la doctrine de l'abus de procédure [dans le contexte criminel], le traitement injuste ou oppressif d'un accusé prive le ministère public du droit de continuer les poursuites relatives à l'accusation. Les poursuites sont suspendues, non à la suite d'une décision sur le fond (voir *Jewitt*, précité, à la p. 148), mais parce qu'elles sont à ce point viciées que leur permettre de suivre leur cours compromettrait l'intégrité du tribunal. Cette doctrine est l'une des garanties destinées à assurer « que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d'une façon qui reflète nos valeurs fondamentales en tant que société » (*Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 689, le juge Lamer). C'est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l'administration



and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings. [Emphasis added.]

[215] And in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307 (quoted by the Federal Court at 2013 FC 1095 at paragraph 37), the Supreme Court suggested the following (at paragraph 120):

In order to find an abuse of process [in the administrative context], the court must be satisfied that, “the damage to the public interest in the fairness of the administrative process should the proceeding go ahead would exceed the harm to the public interest in the enforcement of the legislation if there proceedings were halted” (Brown and Evans, [*Judicial Review of Administrative Action in Canada* (Toronto: Canvasback, 1998) (loose-leaf)] at p. 9-68).

[216] As the Federal Court noted (2013 FC 1095, at paragraph 38), the Supreme Court has spoken of this balancing in other cases too: see, e.g., *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, (1992), 71 C.C.C. (3d) 1, at pages 811 and 812; *Regan*, above, at paragraph 57; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at paragraph 200.

[217] Before the Federal Court and before us, Mr. Mahjoub submitted that this balancing should be done in only close cases. I agree with the Federal Court when it held (2013 FC 1095, at paragraph 38) that where it is certain that the “clearest of cases” threshold for a permanent stay is met—for example where the conduct is particularly egregious—a balancing is not required. I also agree with the Federal Court (2013 FC 1095, at paragraph 38) that short of that, balancing “the interests in maintaining the integrity of the judicial system and individual rights on the one hand and the public interest in proceeding with the case on the other” is a “useful tool in the exercise of ... discretion.” I also agree with the Federal Court’s earlier use of this same balancing tool in *Harkat (Re)*, 2010 FC 1243, 380 F.T.R. 255, at paragraph 56.

de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, lorsque l’atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l’intérêt de la société d’assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l’administration de la justice est mieux servie par l’arrêt des procédures. [Non souligné dans l’original.]

[215] Et dans l’arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307 (cité par la Cour fédérale au paragraphe 37 de la référence 2013 CF 1095), la Cour suprême a indiqué ce qui suit (au paragraphe 120) :

Pour conclure qu’il y a eu abus de procédure [dans le contexte administratif], la cour doit être convaincue que [TRADUCTION] « le préjudice qui serait causé à l’intérêt du public dans l’équité du processus administratif, si les procédures suivaient leur cours, excéderait celui qui serait causé à l’intérêt du public dans l’application de la loi, s’il était mis fin à ces procédures » (Brown et Evans, [*Judicial Review of Administrative Action in Canada* (Toronto : Canvasback, 1998) (feuilles mobiles)] à la p. 9-68).

[216] Comme l’a souligné la Cour fédérale (2013 CF 1095, au paragraphe 38), la Cour suprême a aussi parlé de cet équilibre dans d’autres arrêts : à titre d’exemple, voir l’arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, aux pages 811 et 812; l’arrêt *Regan*, précité, au paragraphe 57; l’arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, au paragraphe 200.

[217] Devant la Cour fédérale et devant nous, M. Mahjoub a soutenu que cette mise en balance devrait être faite uniquement dans des cas difficiles à trancher. Je partage l’avis de la Cour fédérale (2013 CF 1095, au paragraphe 38) quand elle conclut que, lorsqu’il est certain qu’un cas rentre dans la qualification des « cas les plus manifestes » justifiant un arrêt permanent des procédures — par exemple, lorsque la conduite est particulièrement grave — une mise en balance n’est pas nécessaire. Je partage également l’avis de la Cour fédérale (2013 CF 1095, au paragraphe 38) qu’abstraction faite « des cas les plus manifestes », la mise en balance [TRADUCTION] « des intérêts à maintenir l’intégrité du système judiciaire et des droits individuels d’une part, et de l’intérêt public à aller de l’avant avec l’affaire, d’autre part » [TRADUCTION] « facilite l’exercice du [...]

[218] The Federal Court was appropriately alive to the possibility that there can be conduct that is “so egregious that the mere fact of going forward in the light of it will be offensive” and so the party moving for a stay “need not prove that prejudice to either the administration of justice or the [moving party] will be perpetuated or aggravated”: 2013 FC 1095, at paragraphs 43 and 492.

[219] Having canvassed these considerations, the Federal Court concluded that the decision whether or not to grant a stay was a discretionary one guided by the above factors. The Federal Court formulated the following test and applied it in this case (at paragraph 44):

- (a) Did the Ministers, their departments, the [Canadian Security Intelligence] Service or the [Canada Border Services Agency] engage in conduct that violated Mr. Mahjoub’s right to a fair trial or undermined society’s expectations of fairness in the administration of justice?
- (b) Will the prejudice to Mr. Mahjoub or to the administration of justice caused by the violation or abuse in question be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial or by its outcome? Or is this an exceptional case where the past conduct is so egregious that the mere fact of going forward in the light of it will be offensive?
- (c) Is this the clearest of cases in which no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice? In other words, if it is not obvious that this is the clearest of cases, is the public and individual interest in a permanent stay of proceedings greater than the public interest in a decision on the merits?

[220] I agree with this test with one small qualification. Under branch (c), passages from cases like *Conway*,

pouvoir discrétionnaire ». Je souscris aussi à l’utilisation antérieure par la Cour fédérale de cette même mise en balance dans la décision *Harkat (Re)*, 2010 CF 1243, au paragraphe 56.

[218] La Cour fédérale était à juste titre consciente de la possibilité que la conduite puisse être « si grave que le simple fait de poursuivre le procès serait choquant » et qu’ainsi la partie demandant un arrêt des procédures [TRADUCTION] « n’ait pas à démontrer que le préjudice envers l’administration de la justice ou la [partie demanderesse] sera perpétué ou aggravé » : 2013 CF 1095, aux paragraphes 43 et 492.

[219] Ayant examiné ces considérations, la Cour fédérale a conclu que la décision d’accorder ou non un arrêt des procédures était discrétionnaire, guidée par les facteurs susmentionnés. La Cour fédérale a formulé le critère suivant et l’a appliqué en l’espèce (au paragraphe 44) :

[TRADUCTION]

- a) Est-ce que les ministres, leurs ministères, le Service [canadien du renseignement de sécurité] ou l’[Agence des services frontaliers du Canada] ont eu une conduite qui a porté atteinte au droit de M. Mahjoub à un procès équitable ou qui a miné les attentes de la société sur le plan de l’équité en matière d’administration de la justice?
- b) Est-ce que le préjudice envers M. Mahjoub ou l’administration de la justice causé par la violation ou l’abus en question sera manifesté, perpétué ou aggravé par la conduite du procès ou par son issue? Ou s’agit-il d’un cas exceptionnel où la conduite antérieure est si grave que le simple fait de poursuivre le procès serait choquant?
- c) S’agit-il du cas le plus manifeste à l’égard duquel aucune autre réparation n’est raisonnablement susceptible d’éliminer ce préjudice? Autrement dit, s’il est évident qu’il s’agit de l’un des cas les plus manifestes, est-ce que l’intérêt public et l’intérêt individuel dans un arrêt permanent des procédures sont plus importants que l’intérêt public dans une décision sur le fond?

[220] Je souscris à ce critère, mais avec une petite réserve. Au volet c), des passages tirés de décisions comme

quoted above, and *Babos*, above, at paragraph 44, suggest that for a stay to be granted the outcome of the balancing must show that the public and individual interest in a permanent stay of proceedings is disproportionately greater than the public interest in a decision on the merits. The concept of disproportionality reflects the classic, oft-stated threshold that a permanent stay of proceedings is available only in the “clearest of cases”.

[221] As it turns out, then, under branch (c) of its test, the Federal Court applied a test that was more favourable to Mr. Mahjoub than was perhaps warranted in law. And in applying that more favourable test, the Federal Court still found that the security certificate proceedings should not be stayed permanently.

[222] Thus, with the small exception in Mr. Mahjoub’s favour mentioned in the preceding paragraph, the Federal Court’s analysis of the law is accurate.

[223] It follows, then, that in order to succeed in the area of abuse of process, Mr. Mahjoub must undercut the Federal Court’s finding that a stay of proceeding is not warranted. And that can be done only by demonstrating palpable and overriding error.

[224] This, Mr. Mahjoub has not done. In many of the matters he identifies, he has not established in law instances of misconduct, violations of legal rights or Charter breaches. And in others, while there was misconduct, violations of legal rights or Charter breaches, Mr. Mahjoub has not established that the Federal Court committed palpable and overriding error in refusing to stay the security certificate proceedings.

[225] Mr. Mahjoub raises a panoply of issues, many that interrelate and tend to overlap, sometimes substantially, sometimes resurfacing with slight variation. In such circumstances, it is folly to try to deal with them by replicating how counsel presented them. Instead, the focus can only be on the essence and the substance of

l’arrêt *Conway*, cité plus haut, et comme l’arrêt *Babos*, précité, au paragraphe 44, laissent entendre que, pour accorder un arrêt des procédures, l’issue de la mise en balance doit montrer que l’intérêt public et l’intérêt individuel dans un arrêt permanent des procédures est plus grand de façon disproportionnée que l’intérêt public dans une décision sur le fond. Le concept de la disproportion reflète le critère minimum classique souvent énoncé voulant qu’un arrêt permanent des procédures est disponible uniquement dans les « cas les plus manifestes ».

[221] Il s’avère qu’en vertu du volet c) de ce critère, la Cour fédérale a appliqué un critère qui était plus favorable à M. Mahjoub que ne le justifiait peut-être le droit. En appliquant ce critère plus favorable, la Cour fédérale a quand même conclu que l’instance concernant le certificat de sécurité ne devrait pas être suspendue de façon permanente.

[222] Ainsi, avec la petite exception en faveur de M. Mahjoub mentionnée au paragraphe précédent, l’analyse du droit par la Cour fédérale est exacte.

[223] Il s’ensuit alors que, pour avoir gain de cause au sujet de l’abus de procédure, M. Mahjoub doit démontrer que la conclusion de la Cour fédérale est erronée quand elle dit qu’un arrêt des procédures n’est pas justifié. Cette démonstration ne peut être faite qu’à l’aide de l’erreur manifeste et dominante.

[224] Cela, M. Mahjoub ne l’a pas fait. Dans un grand nombre des décisions qu’il mentionne, il n’a pas établi en droit des cas d’inconduite, des violations des droits juridiques ou des manquements à la Charte. Dans d’autres, bien qu’il y ait eu inconduite, violations des droits juridiques ou manquements à la Charte, M. Mahjoub n’a pas établi que la Cour avait commis une erreur manifeste et dominante en refusant l’arrêt des procédures concernant le certificat de sécurité.

[225] M. Mahjoub soulève une multitude de questions, dont un grand nombre sont interreliées et ont tendance à se chevaucher, parfois de façon importante, parfois refaisant surface avec une légère variation. Dans de telles circonstances, il est téméraire d’essayer de les régler en reproduisant la façon dont les avocats les ont

the arguments advanced, overlooking their particular form. To do otherwise is to immerse this Court in “tens of closely related, confusingly stated, overlapping questions” running the risk of “miss[ing] one” but only in “a purely technical sense”: *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 144, at paragraph 17. Thus, I took the panoply of issues presented and translated them into a manageable set of topics.

[226] When the substance and essence of this matter is considered in light of all of the written and oral submissions made, the following topics have been raised by Mr. Mahjoub and, in some instances, the special advocates:

- (a) Violation of the right to know the case to meet: late disclosure, inability to decide whether to testify; the destruction of original evidence by the Canadian Security Intelligence Service and the admission of summaries thereof;
- (b) Unfair interviews: violations of the right to silence and right to counsel of choice;
- (c) The challenged warrant under section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*;
- (d) The use of hearsay evidence and unsourced intelligence evidence;
- (e) The use of information derived from torture or cruel, inhuman and degrading treatment;
- (f) Breaches of solicitor-client privilege and litigation privilege: the commingling of documents;

présentées. Au lieu de cela, on peut se concentrer seulement sur l’essence même des arguments avancés, en ne tenant pas compte de leur forme particulière. Agir autrement équivaut à plonger notre Cour dans l’examen de « dizaines de questions étroitement liées, énoncées de façon confuse et se chevauchant », courant le risque d’en « omett[re] une », mais seulement dans « un sens purement technique » : *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 144, au paragraphe 17. Ainsi, j’ai pris la multitude de questions présentées et je les ai organisées dans un ensemble de sujets acceptable.

[226] Lorsque l’essence même de la présente affaire est examinée sous l’angle de toutes les observations écrites et orales faites, les sujets suivants ont été soulevés par M. Mahjoub et, dans certains cas, les avocats spéciaux :

- a) Violation du droit de connaître la défense à présenter : divulgation tardive, incapacité de décider de témoigner ou non, la destruction d’éléments de preuve originaux par le Service canadien du renseignement de sécurité et l’admission de résumés de ces éléments de preuve;
- b) Entrevues injustes : violations du droit de garder le silence et du droit à l’assistance de l’avocat de son choix;
- c) Le mandat décerné en vertu de l’article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* qui est contesté;
- d) L’utilisation d’éléments de preuve obtenus par ouï-dire et d’éléments de preuve provenant de renseignements de source inconnue;
- e) L’utilisation de renseignements obtenus par la torture ou des traitements cruels, inhumains et dégradants;
- f) Manquements au secret professionnel de l’avocat et au privilège relatif au litige : l’amalgamation de documents;

- |   |  |
|---|--|
| (g) Breaches of solicitor-client privilege: the interception of privileged calls;                   | g) Manquements au secret professionnel de l'avocat : l'interception de conversations protégées;  |
| (h) The overall delay;  | h) Le retard global;   |
| (i) The cumulative effect of the foregoing: whether a stay of proceedings should have been granted. | i) L'effet cumulatif de ce qui précède : savoir si un arrêt des procédures devrait être accordé. |

The analysis of each now follows.

L'analyse de chacun suit.

- |   |   |
|---|---|
| (a) Violation of the right to know the case to meet: late disclosure, inability to decide whether to testify; the destruction of original evidence by the Canadian Security Intelligence Service and the admission of summaries thereof | a) Violation du droit de connaître la preuve à réfuter : divulgation tardive, incapacité de décider de témoigner ou non; la destruction d'éléments de preuve originaux par le Service canadien du renseignement de sécurité et l'admission de résumés de ces éléments de preuve |
|---|---|

[227] The Federal Court recognized that while there is no right to full answer and defence in security certificate proceedings, there is an analogous right to know the case to meet and the opportunity to meet it: see 2013 FC 1095, at paragraph 402; *Charkaoui I*, at paragraph 53. This was a correct statement of law.

[227] La Cour fédérale a reconnu que, bien qu'il n'existe aucun droit à une défense pleine et entière dans les instances concernant le certificat de sécurité, il existe un droit analogue de savoir ce qu'il faut prouver et d'avoir la possibilité de le faire : voir 2013 CF 1095, au paragraphe 402; arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 53. Cette affirmation était correcte en droit.

[228] The Federal Court considered the issue of delayed or omitted disclosure and the governing case of *Charkaoui II*. In assessing delayed or omitted disclosure, the Court is to focus on the prejudice caused to the person named in the security certificate: 2013 FC 1095, at paragraphs 399 and 400.

[228] La Cour fédérale a examiné la question de la divulgation retardée ou omise et de l'arrêt applicable, l'arrêt *Charkaoui II*. En évaluant la divulgation retardée ou omise, la Cour doit se concentrer sur le préjudice causé à la personne visée par le certificat de sécurité : 2013 CF 1095, aux paragraphes 399 et 400.

[229] In the Federal Court, Mr. Mahjoub raised many instances of alleged delay or omitted disclosure. The Federal Court carefully considered each one and found that adequate remedies had been granted, including orders for further disclosure, the granting of extensions of time, and adjournments of the proceedings: 2013 FC 1095, at paragraphs 424, 426, 429 and 438.

[229] Devant la Cour fédérale, M. Mahjoub a soulevé de nombreuses allégations de divulgation retardée ou omise. La Cour fédérale a minutieusement examiné chacune et a conclu que les réparations adéquates avaient été accordées, notamment des ordonnances de divulgation supplémentaire, l'octroi de prolongations et des ajournements des instances : 2013 CF 1095, aux paragraphes 424, 426, 429 et 438.

[230] I am not persuaded that the Federal Court erred in law or in extricable legal principle on any of these issues. Nor did it commit palpable and overriding error. There was no basis in law or in fact for the award of a permanent stay of proceedings based on these issues.

[230] Je ne suis pas convaincu que la Cour fédérale ait commis une erreur sur une question de droit ou une règle de droit qu'il est possible de dégager à l'égard de l'une de ces questions en litige. Elle n'a pas non plus commis d'erreur manifeste et dominante. Il n'existe aucun fondement

[231] The primary document acquainting Mr. Mahjoub with the case to meet was the Public Summary of the Security Intelligence Report, first given to him at the same time the second security certificate was issued. It was regularly updated. In my view, upon the disclosure of the updated Supplementary Public Summary of the Security Intelligence Report on January 22, 2010, the disclosure of the ministers' case was substantially complete and gave him knowledge of the case he had to meet. There were amendments after that time, but these did not disclose new allegations against Mr. Mahjoub.

[232] Paragraph 83(1)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act* requires that the named person, here Mr. Mahjoub, be provided “throughout the proceeding ... with a summary of information and other evidence” so that he is “reasonably informed of the case made by the Minister”. After January 22, 2010, Mr. Mahjoub did receive additional disclosure, but in my view any information held by the ministers was at the level of particulars, not new allegations that affected Mr. Mahjoub's knowledge of the case to meet.

[233] Given these circumstances, Mr. Mahjoub does not seriously contest in this Court that he did not know the case to meet: see Mr. Mahjoub's memorandum of fact and law at paragraphs 72–76. Instead, he challenges a number of issues relating to procedural fairness that he argued before the Federal Court.

[234] Before the Federal Court, Mr. Mahjoub advanced a long list of issues related to the fairness of the proceedings. On appeal, Mr. Mahjoub takes issue with the Federal Court's handling of these issues. These issues concern the Federal Court's refusal to grant certain adjournments, the Federal Court's ruling that the ministers, in complying with an order concerning the presentation of *in camera* evidence did not improperly

en droit ou dans les faits pour accorder un arrêt permanent des procédures en se fondant sur ces questions.

[231] Le principal document renseignant M. Mahjoub sur la défense à présenter était le résumé public du rapport de renseignements de sécurité, qui lui avait d'abord été remis au même moment que la délivrance du deuxième certificat de sécurité. Il a été régulièrement mis à jour. À mon avis, dès la communication du résumé public supplémentaire à jour du rapport de renseignements de sécurité le 22 janvier 2010, la communication de la thèse des ministres était en grande partie terminée et lui permettait de connaître la défense à présenter. Quelques modifications ont été apportées par la suite, mais elles ne divulguaient pas de nouvelles allégations à l'encontre de M. Mahjoub.

[232] L'alinéa 83(1)e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* exige que la personne visée, en l'espèce M. Mahjoub, reçoive « tout au long de l'instance [...] un résumé de la preuve » permettant à l'intéressé d'être « suffisamment informé de la thèse du ministre à l'égard de l'instance en cause ». Après le 22 janvier 2010, M. Mahjoub n'a pas reçu de nouvelles communications, mais à mon avis tous les renseignements dont disposaient les ministres avaient trait à des détails, et non pas à de nouvelles allégations qui avaient une incidence sur la connaissance par M. Mahjoub de la défense à présenter.

[233] Compte tenu de ces circonstances, M. Mahjoub ne soutient pas sérieusement devant notre Cour qu'il ne connaissait pas la défense à présenter : voir le mémoire des faits et du droit de M. Mahjoub, aux paragraphes 72 à 76. Il conteste plutôt plusieurs questions relativement à l'équité procédurale qu'il a débattues devant la Cour fédérale.

[234] Devant la Cour fédérale, M. Mahjoub a présenté une longue liste de questions relatives à l'équité des procédures. En appel, M. Mahjoub est en désaccord avec la façon dont la Cour fédérale a traité ces questions. Ces questions concernent le refus par la Cour fédérale d'accorder certains ajournements, la décision de la Cour fédérale selon laquelle les ministres, en se conformant à une ordonnance concernant la présentation d'éléments

split their case, and the Federal Court's holding that *Charkaoui II* provided a complete remedy for alleged deficiencies in disclosure in the previous security certificate proceedings: *Re Mahjoub*, 2010 FC 989; see also 2013 FC 1095, at paragraphs 258 and 464.

[235] In these refusals, rulings and holdings, there are no errors of law or of extricable legal principle. Nor do I see any palpable and overriding error. Further, there was no basis in law or in fact for the award of a permanent stay of proceedings based on these matters.

[236] Mr. Mahjoub also challenges the destruction of some original notes taken by the Canadian Security Intelligence Service [CSIS or the Service]. The Federal Court found that this did not warrant a permanent stay of proceedings: 2013 FC 1095, at paragraphs 75–77 and 84.

[237] The Service destroyed original operational materials in accordance with its internal policy, OPS-217. Under that policy, original materials were to be systematically destroyed after operatives completed their final reports and summaries. In this case, the reports and summaries were disclosed to Mr. Mahjoub.

[238] In both *Charkaoui II*, at paragraph 38 and *Harkat*, at paragraph 93, the Supreme Court held that this systematic destruction violated the named person's section 7 rights. Importantly, however, in neither case did the Supreme Court find that the destruction warranted a permanent stay of proceedings.

[239] In *Charkaoui II*, at paragraph 46, the Supreme Court emphasized that each case must be looked at on its facts and that the court must consider the prejudicial effect of the destruction on the named person's case. With *Charkaoui II* before it, the Federal Court did just that.

de preuve à huis clos n'ont pas de façon inappropriée scindé leur preuve, et la conclusion par la Cour fédérale que l'arrêt *Charkaoui II* apportait une réparation complète des lacunes alléguées dans la divulgation lors des procédures précédentes concernant le certificat de sécurité : décision *Re Mahjoub*, 2010 CF 989; voir aussi 2013 CF 1095, aux paragraphes 258 et 464.

[235] Concernant ces refus, décisions et conclusions, il n'y a aucune erreur sur une question de droit ou de règle de droit qu'il est possible de dégager. Je ne vois pas non plus d'erreur manifeste et dominante. En outre, il n'existait aucun fondement en droit ou dans les faits pour accorder un arrêt permanent des procédures en se fondant sur ces questions.

[236] M. Mahjoub conteste également la destruction de certaines notes originales prises par le Service canadien du renseignement de sécurité [SCRS ou le Service]. La Cour fédérale a conclu que cela ne justifiait pas un arrêt permanent des procédures : 2013 CF 1095, aux paragraphes 75 à 77 et 84.

[237] Le Service a détruit des documents opérationnels originaux conformément à sa politique interne, OPS-217. En vertu de cette politique, des documents originaux devaient être systématiquement détruits une fois que les agents avaient terminé leurs résumés et rapports définitifs. En l'espèce, les rapports et résumés ont été communiqués à M. Mahjoub.

[238] Tant dans l'arrêt *Charkaoui II*, au paragraphe 38, que dans l'arrêt *Harkat*, au paragraphe 93, la Cour suprême a conclu que cette destruction systématique violait les droits de la personne visée garantis par l'article 7. Cependant, il est important de souligner que la Cour suprême n'a pas conclu, dans l'un ou l'autre arrêt, que la destruction justifiait un arrêt permanent des procédures.

[239] Dans l'arrêt *Charkaoui II*, au paragraphe 46, la Cour suprême a insisté pour dire que chaque affaire doit être examinée en fonction de ses propres faits et que le tribunal doit tenir compte de l'effet préjudiciable de la destruction dans le cas de la personne visée. Tenant compte des enseignements de l'arrêt *Charkaoui II*, c'est précisément ce que la Cour fédérale a fait.

[240] In the Supreme Court’s decision in *Harkat*, decided after the Federal Court’s decision in this case, these principles were reaffirmed. The Supreme Court added that summaries of destroyed materials should only be excluded if their admission “would result in an unfair trial or would otherwise undermine the integrity of the justice system”: *Harkat*, at paragraph 95.

[241] Although the Federal Court did not have the benefit of the Supreme Court’s decision in *Harkat*, it carried out its task presciently, in a way that mirrored what the Supreme Court did. The Federal Court carefully assessed the reliability of the summaries of intelligence information captured in the BRS reports. It considered these reports to be reliable: they were authored by Service employees, were subject to verification by any other personnel who were witnesses to what happened and by supervisors, and they contained direct information from interviews, physical surveillance and intercepted communications. See 2013 FC 1092, at paragraphs 107–122; testimony of Mr. Guay dated October 15, 2010 (appeal book, Doc. 505.2, at pages 140–142 and 192–210). In the view of the Federal Court, the large number of people involved tended to ensure quality control: 2013 FC 1095, at paragraphs 81 and 83.

[242] Mr. Mahjoub also attempts to undercut the reliability of this material by suggesting that those preparing the summaries had inadequate translation support. The record shows that those involved had ample translation support if they needed it; at least two witnesses testified as to their own extensive knowledge of the Arabic language: 2013 FC 1095, at paragraph 83, relying upon the testimony of Mr. Guay, dated October 12, 2010 (appeal book, Doc. 505, at pages 122–128) and the testimony of CSIS witness #2 and CSIS witness #2B, dated July 6, 2012 (appeal book, Doc. 536, at page 9) and August 7, 2012 (appeal book, Doc. 540, at pages 3 and 4) respectively.

[240] Dans la décision de la Cour suprême dans l’arrêt *Harkat*, tranché après la décision de la Cour fédérale en l’espèce, ces principes ont été réaffirmés. La Cour suprême a ajouté que les résumés des documents détruits ne devraient être exclus que si leur admission «rendrait le procès inéquitable ou minerait autrement l’intégrité du système de justice» : arrêt *Harkat*, au paragraphe 95.

[241] Même si la Cour fédérale ne disposait pas de l’enseignement de la Cour suprême dans l’arrêt *Harkat*, elle s’est acquittée de sa tâche avec clairvoyance, d’une façon qui reflétait ce qu’a fait la Cour suprême. La Cour fédérale a minutieusement évalué la fiabilité des résumés des éléments de renseignements saisis dans les rapports du système de références bibliographiques. Elle a estimé que ces rapports étaient fiables : ils étaient rédigés par des employés du Service, ils faisaient l’objet d’une vérification par d’autres membres du personnel qui étaient des témoins de ce qui était arrivé et par des superviseurs, et ils contenaient des renseignements directs provenant d’entrevues, de surveillance physique et de communications interceptées. Voir 2013 CF 1092, aux paragraphes 107 à 122; témoignage de M. Guay daté du 15 octobre 2010 (dossier d’appel, doc. 505.2, aux pages 140 à 142, 192 à 210). De l’avis de la Cour fédérale, le grand nombre de personnes en cause tendait à assurer le contrôle de la qualité : 2013 CF 1095, aux paragraphes 81 et 83.

[242] M. Mahjoub tente aussi de miner la fiabilité de ces documents en laissant entendre que les personnes qui préparaient les résumés n’avaient pas un soutien adéquat sur le plan de la traduction. Le dossier montre que ces personnes avaient amplement le soutien dont elles avaient besoin sur le plan de la traduction; au moins deux témoins ont indiqué qu’ils possédaient une connaissance exhaustive de la langue arabe : 2013 CF 1095, au paragraphe 83, se fondant sur le témoignage de M. Guay, daté du 12 octobre 2010 (dossier d’appel, doc. 505, aux pages 122 à 128) et les témoignages du témoin n° 2 du SCRS et du témoin n° 2B du SCRS, datés du 6 juillet 2012 (dossier d’appel, doc. 536, à la page 9) et du 7 août 2012 (dossier d’appel, doc. 540, aux pages 3 et 4) respectivement.



[243] In the Federal Court and in this Court, Mr. Mahjoub places great weight on an answer given by a Service witness on cross-examination. Mr. Mahjoub contends that the witness testified that it was the Service's practice to destroy transcripts of intercepted communications in order to avoid testifying in Court.

[244] The Federal Court examined all of the testimony leading up to this answer and construed the witness as saying that the Service did not want its officials to testify in court about its work as an agent of the Canada Border Services Agency: 2013 FC 1095, at paragraph 82. The Federal Court concluded that "[o]n the basis of [the witness'] testimony read in its entirety and considered in the context of the evidence of other witnesses on the subject, I am not persuaded that the Service deliberately set out to frustrate the judicial process by destroying the intercepts": 2013 FC 1095, at paragraph 82. The Federal Court explicitly distinguished the situation before it from that in the Supreme Court abuse of process case of *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, (1997)142 D.L.R. (4th) 595. In *Carosella*, a sexual assault centre deliberately destroyed evidence to frustrate the judicial process. That was not the case here.

[245] All of these findings of the Federal Court are supported by the law and the evidence before it. They are not vitiated by any palpable and overriding error. Nor are there grounds in law or in fact for the award of a permanent stay of proceedings based on these matters.

[246] Despite its finding that the summaries and reports had a high degree of reliability, the Federal Court gave Mr. Mahjoub the benefit of the doubt and thereby minimized any prejudice caused by gaps in disclosure. It did not rely upon any portions of the summaries and reports that went to Mr. Mahjoub's demeanour and subjective behaviour: 2013 FC 1092, at paragraph 119. This underscores the high degree of solicitude on the part of the Federal Court for the rights of Mr. Mahjoub,

[243] Devant la Cour fédérale et devant notre Cour, M. Mahjoub accorde beaucoup de poids à une réponse donnée par un témoin du Service lors du contre-interrogatoire. M. Mahjoub soutient que le témoin a dit dans son témoignage qu'il était pratique courante pour le Service de détruire les transcriptions des communications interceptées afin d'éviter d'avoir à témoigner devant la Cour.

[244] La Cour fédérale a examiné tous les témoignages antérieurs à cette réponse et a interprété la réponse du témoin comme disant que le Service ne voulait pas que ses fonctionnaires témoignent devant un tribunal au sujet de leur travail d'agent de l'Agence des services frontaliers du Canada : 2013 CF 1095, au paragraphe 82. La Cour fédérale a conclu que [TRADUCTION] « [e]n fonction du témoignage du [témoin] intégralement lu et examiné dans le contexte des éléments de preuve d'autres témoins sur le sujet, je ne suis pas convaincu que le Service se soit délibérément employé à entraver le processus judiciaire en détruisant les interceptions » : 2013 CF 1095, au paragraphe 82. La Cour fédérale a explicitement fait une distinction entre la situation dont elle était saisie et celle dont était saisie la Cour suprême pour abus de procédure dans l'arrêt *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80. Dans l'arrêt *Carosella*, un centre d'aide aux victimes d'agression sexuelle a délibérément détruit les éléments de preuve afin d'entraver le processus judiciaire. Or, ce n'était pas le cas en l'espèce.

[245] Toutes ces conclusions de la Cour fédérale sont étayées par le droit et les éléments de preuve dont elle était saisie. Elles ne sont pas viciées par une erreur manifeste et dominante. Il n'y a pas non plus de motifs en droit ou dans les faits pour accorder un arrêt permanent des procédures fondé sur ces questions.

[246] Malgré sa conclusion selon laquelle les résumés et rapports étaient très fiables, la Cour fédérale a donné à M. Mahjoub le bénéfice du doute et, par conséquent, a réduit au maximum tout préjudice causé par les lacunes dans la divulgation. Elle ne s'est pas fondée sur des parties des résumés et rapports qui avaient trait au comportement général et au comportement subjectif de M. Mahjoub : 2013 CF 1092, au paragraphe 119. Cela souligne le niveau élevé de sollicitude de la Cour

solicitude repeatedly demonstrated throughout the seven decisions before us.

[247] The Federal Court gave Mr. Mahjoub the benefit of the doubt concerning destroyed intercepted communications in another respect. He excluded all communications to which Mr. Mahjoub was not privy. In doing so, he was following this Court's decision in *Harkat*. This meant that the only summaries of conversations that were admissible were those which Mr. Mahjoub could personally address: 2013 FC 1092, at paragraph 120; 2013 FC 1095, at paragraphs 84 and 88. On appeal, the Supreme Court reversed this Court on that point, in effect finding this too rigid a threshold for the exclusion of this type of evidence.

[248] The Federal Court held that even without any evidence from interceptions of communications, it still would have found Mr. Mahjoub to be a member of a terrorist organization: 2013 FC 1092, at paragraphs 570, 585 and 630. Given the summary of facts and the sourcing for these facts at paragraphs 107–151, above, this is indisputably so.

[249] Overall, the Federal Court found that while the destruction of the original interception evidence violated Mr. Mahjoub's rights under section 7 of the Charter, the evidence fell well short of establishing an entitlement to a stay of the proceedings. This conclusion is amply supported by the facts and the law. There is no error of law or palpable and overriding error in the Federal Court's assessment.

[250] Some other evidence was destroyed: certain interview notes, a letter in a briefcase and items found on Mr. Mahjoub when he was arrested. Only photocopies were retained and presented as evidence. The Federal Court ruled on this evidence early on (October 22, 2010). Mr. Mahjoub attempted to challenge its admissibility on other grounds and the Federal Court said he was too late. Nevertheless, the Federal Court considered

fédérale eu égard aux droits de M. Mahjoub, sollicitude démontrée à maintes reprises tout au long des sept décisions dont il est ici question.

[247] La Cour fédérale a donné à M. Mahjoub le bénéfice du doute concernant des communications interceptées détruites à un autre égard. Elle a exclu toutes les communications auxquelles M. Mahjoub n'a pas participé. Ce faisant, elle a suivi la décision de notre Cour dans l'arrêt *Harkat*. Cela signifiait que les seuls résumés de conversations admissibles étaient ceux des conversations dont M. Mahjoub pouvait personnellement traiter : 2013 CF 1092, au paragraphe 120; 2013 CF 1095, aux paragraphes 84 et 88. En appel, la Cour suprême a renversé la décision de notre Cour à ce sujet, concluant effectivement que ce critère minimum était trop rigide pour l'exclusion de ce genre d'éléments de preuve.

[248] La Cour fédérale a conclu que, même sans les éléments de preuve provenant d'interceptions de communications, elle aurait quand même conclu que M. Mahjoub était membre d'une organisation terroriste : 2013 CF 1092, aux paragraphes 570, 585 et 630. Étant donné le résumé des faits et la provenance de ces faits aux paragraphes 107 à 151 ci-dessus, c'est incontestablement le cas.

[249] Dans l'ensemble, la Cour fédérale a conclu que, bien que la destruction des éléments de preuve concernant les interceptions originales violait les droits de M. Mahjoub garantis par l'article 7 de la Charte, les éléments de preuve étaient loin d'établir le droit à un arrêt des procédures. Cette conclusion est amplement étayée par les faits et le droit. L'évaluation par la Cour fédérale ne comporte aucune erreur de droit ou erreur manifeste et dominante.

[250] D'autres éléments de preuve ont été détruits : certaines notes d'entrevue, une lettre dans un porte-documents et des articles trouvés sur M. Mahjoub lors de son arrestation. Seulement des photocopies ont été conservées et ont été entrées en preuve. La Cour fédérale a rendu une décision à l'égard de ces éléments de preuve tôt dans le procès (22 octobre 2010). M. Mahjoub a tenté de contester leur admissibilité

the matter anew and rejected the challenge on the basis that minimal prejudice had been caused; Mr. Mahjoub could still test the authenticity and the content of the evidence: 2013 FC 1092, at paragraphs 92 and 93. Again, this ruling is not vitiated by an error of law or palpable and overriding error, nor are there any grounds for a permanent stay of proceedings founded upon these matters.

- (b) Unfair interviews: violations of the right to silence and right to counsel of choice

[251] The Canadian Security Intelligence Service conducted interviews of Mr. Mahjoub. Mr. Mahjoub alleges that the interviews breached his Charter rights and the Service's own policies.

[252] Certain facts found by the Federal Court determine these issues against Mr. Mahjoub. And these factual findings stand unless set aside by palpable and overriding error. There is none.

[253] The Federal Court found that Mr. Mahjoub had received sufficient notice to meet any requirements of procedural fairness: 2013 FC 1095, at paragraphs 65–67; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, (1993), 101 D.L.R. (4th) 654, at page 1076. This factually suffused finding of mixed fact and law is amply demonstrated by the evidence before the Federal Court.

[254] Before the Federal Court, Mr. Mahjoub did not lead evidence suggesting that the interviews were involuntary or that he did not understand the purpose of the interviews. Indeed, there was much evidence before the Federal Court to the contrary.

pour d'autres motifs et la Cour fédérale a déclaré qu'il était trop tard. Néanmoins, la Cour fédérale a examiné de nouveau la question et a rejeté la contestation pour le motif qu'un préjudice minimum avait été causé; M. Mahjoub pouvait quand même vérifier l'authenticité et le contenu des éléments de preuve : 2013 CF 1092, aux paragraphes 92 and 93. Encore une fois, cette décision n'est pas viciée par une erreur de droit ou une erreur manifeste et dominante, et il n'y a pas non plus de motifs justifiant un arrêt permanent des procédures fondé sur ces questions.

- b) Entrevues injustes : violations du droit de garder le silence et du droit à l'assistance de l'avocat de son choix

[251] Le Service canadien du renseignement de sécurité a réalisé des entrevues avec M. Mahjoub. M. Mahjoub allègue que les entrevues ont porté atteinte à ses droits protégés par la Charte et ont violé les politiques du Service.

[252] Certaines conclusions de fait de la Cour fédérale tranchent ces questions à l'encontre de M. Mahjoub. Ces conclusions de fait sont maintenues, à moins d'être annulées par une erreur manifeste et dominante. Il n'y en a aucune.

[253] La Cour fédérale a conclu que M. Mahjoub avait reçu un préavis suffisant pour satisfaire à toutes les exigences de l'équité procédurale : 2013 CF 1095, aux paragraphes 65 à 67; arrêt *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, à la page 1076. Cette conclusion de droit et de fait en grande partie fondée sur des faits est amplement démontrée par les éléments de preuve présentés à la Cour fédérale.

[254] Devant la Cour fédérale, M. Mahjoub n'a pas présenté d'éléments de preuve laissant entendre que les entrevues n'étaient pas volontaires ou qu'il ne comprenait pas la raison d'être des entrevues. En fait, la Cour fédérale dispose de beaucoup d'éléments de preuve à l'effet contraire.

[255] The Federal Court found that the Canadian Security Intelligence Service notified Mr. Mahjoub of the purpose and the potential consequences of the interviews, namely security and counter-terrorism, and advised him that the interviews were voluntary. The Service told Mr. Mahjoub that it had no power to force him to speak. Given this, the Federal Court heard the evidence of an officer with the Service who advised that “had [Mr. Mahjoub] not wanted to answer a question, he could simply have said I don’t want to answer the question”: testimony of Mr. Guay, dated October 18, 2010 (appeal book, Doc. 505.3, at pages 65 and 66).

[256] The evidence before the Federal Court shows that the Service was mindful of Mr. Mahjoub’s rights. It is apparent that Mr. Mahjoub was well aware that the interviews were voluntary and was aware of his rights. In fact, on one occasion, the Service offered to end an interview after Mr. Mahjoub asked whether he should obtain counsel. But Mr. Mahjoub invited the Service to press on with the interview. See 2013 FC 1095, at paragraphs 59 and 62–63. As well, Mr. Mahjoub was offered an interpreter but he chose to use his wife and a friend: 2013 FC 1095, at paragraph 70.

[257] In this Court, some of the submissions of Mr. Mahjoub seem aimed at suggesting that in circumstances such as these, state authorities cannot speak to Mr. Mahjoub at all. There is no authority supporting such a proposition in the national security context. Neither is there one in the criminal context. There, the essence of the right to silence is the right to choose, with voluntariness at its core: see, e.g., *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3, at paragraph 27; *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405, at paragraph 37.

[258] Overall, the Federal Court found that Mr. Mahjoub’s rights were fully respected in the interviews and his participation and statements made during the interviews were voluntary. This fact-based finding is

[255] La Cour fédérale a conclu que le Service canadien du renseignement de sécurité a informé M. Mahjoub de l’objet et des conséquences éventuelles des entrevues, à savoir sécurité et contre-terrorisme, et lui a fait savoir que les entrevues étaient volontaires. Le Service a dit à M. Mahjoub qu’il n’avait aucun pouvoir pour la contraindre à parler. Compte tenu de ce qui précède, la Cour fédérale a entendu les éléments de preuve d’un agent du Service qui a fait savoir que si [TRADUCTION] « [M. Mahjoub] n’avait pas voulu répondre à une question, il aurait tout simplement pu dire “je ne veux pas répondre à la question” » : témoignage de M. Guay, daté du 18 octobre 2010 (dossier d’appel, doc. 505.3, aux pages 65 et 66).

[256] Les éléments de preuve dont la Cour fédérale était saisie démontrent que le Service était soucieux des droits de M. Mahjoub. Il est évident que M. Mahjoub était bien conscient que les entrevues étaient volontaires et qu’il était au courant de ses droits. De fait, en une occasion, le Service a offert de mettre fin à une entrevue après que M. Mahjoub eut demandé s’il devrait obtenir l’assistance d’un avocat. M. Mahjoub a toutefois invité le Service à poursuivre l’entrevue. Voir 2013 CF 1095, aux paragraphes 59, 62 et 63. De plus, on a offert à M. Mahjoub les services d’un interprète, mais il a choisi de recourir à sa femme et à un ami : 2013 CF 1095, au paragraphe 70.

[257] Devant notre Cour, certaines allégations de M. Mahjoub semblent vouloir laisser entendre que, dans des circonstances comme celle-ci, les autorités gouvernementales ne peuvent absolument pas parler à M. Mahjoub. Aucun pouvoir n’étaye une telle proposition dans le contexte de la sécurité nationale. Et il n’y en a pas non plus dans le contexte criminel. Dans ce cas, le droit de garder le silence consiste essentiellement au droit de faire un choix, l’aspect volontaire étant à sa base : à titre d’exemple, voir les arrêts *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 27, et *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405, au paragraphe 37.

[258] Globalement, la Cour fédérale a conclu que les droits de M. Mahjoub ont été totalement respectés lors des entrevues et sa participation aux entrevues et ses déclarations faites à ces occasions étaient volontaires.

not vitiated by palpable and overriding error. In fact, it is fully supported by the evidence. Here, there is no ground for the issuance of a permanent stay of proceedings.

- (c) The challenged warrant under section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*

[259] The special advocates submit that a warrant issued under section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* should have been struck out because of a failure to make full, frank disclosure in support of the warrant, in particular the failure to disclose exculpatory information.

[260] Had the warrant been struck, they say that the Federal Court's finding that Mr. Mahjoub was a member of the Vanguard of Conquest would fall. The finding that Mr. Marzouk was one of Mr. Mahjoub's contacts would also be undermined.

[261] The short answer to all these grounds is that even if the special advocates are correct and this evidence is ignored, the reasonableness of the security certificate remains amply confirmed by the facts set out at paragraphs 107–151 above. Further, even if it were unreasonable to find that Mr. Mahjoub was a member of the Vanguard of Conquest, the facts establish that he was a member of Al Jihad. For the purposes of the reasonableness of the security certificate, membership in only one terrorist organization is enough.

[262] Further, in issue here is the Federal Court's review of a decision of a designated judge to authorize a warrant. The standard of review is deferential: see, e.g., *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, (1990), 60 C.C.C. (3d) 161; *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321; *R. v. Nero*, 2016 ONCA 160, 334 C.C.C. (3d) 148. The overall question is whether there were grounds upon which the issuing

Cette conclusion fondée sur les faits n'est pas viciée par une erreur manifeste et dominante. De fait, elle est totalement étayée par les éléments de preuve. En l'espèce, il n'existe aucun motif pour ordonner un arrêt permanent des procédures.

- c) Le mandat décerné en vertu de l'article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* qui est contesté

[259] Les avocats spéciaux soutiennent qu'un mandat décerné en vertu de l'article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* aurait dû être annulé en raison de l'omission d'une divulgation franche et entière à l'appui du mandat, tout particulièrement la non-divulgation de renseignements exculpataires.

[260] Si le mandat avait été annulé, ils disent que la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle M. Mahjoub était un membre de l'Avant-garde de la Conquête aurait été invalide. La conclusion selon laquelle M. Marzouk était un des contacts de M. Mahjoub serait aussi minée.

[261] La réponse brève à tous ces motifs est que, même si les avocats spéciaux ont raison et qu'on ne tient pas compte de ces éléments de preuve, le caractère raisonnable du certificat de sécurité demeure amplement confirmé par les faits exposés aux paragraphes 107 à 151 des présents motifs. En outre, même s'il était déraisonnable de conclure que M. Mahjoub était un membre de l'Avant-garde de la Conquête, les faits établissent qu'il était un membre d'Al Jihad. Pour les fins du caractère raisonnable du certificat de sécurité, l'appartenance à une seule organisation terroriste suffit.

[262] En outre, en litige en l'espèce est la révision par la Cour fédérale d'une décision d'un juge désigné pour autoriser un mandat. La norme de contrôle est celle de la retenue : à titre d'exemple, voir l'arrêt *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; l'arrêt *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; l'arrêt *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321; et l'arrêt *R. v. Nero*, 2016 ONCA 160, 334 C.C.C. (3d) 148. La question globale est de

justice “could” grant the warrant. The reviewing court evaluates this through a “contextual analysis of the record, not a piecemeal dissection of individual items of evidence shorn of their context in a vain search for alternative exculpatory inferences”: *Nero*, at paragraph 68.

[263] This is far from a rehearing of the original application to obtain the warrant. The reviewing court is not entitled to substitute its views or discretion for those of the court that issued the warrant.

[264] In confidential reasons concerning the validity of the warrant, the Federal Court identified and applied these standards. Citing *Garofoli*, above, at page 1452, the Federal Court stated that “[i]f, based on the record which was before the authorizing judge as amplified on the review, the reviewing judge concludes that the authorizing judge could have granted the authorization, then he or she should not interfere” (emphasis added): 2013 FC 1096, at paragraph 129. It concluded that even with problematic parts removed from the warrant, there still would have been sufficient evidence to satisfy the designated judge that there were reasonable grounds for the issuance of the warrant: 2013 FC 1096, at paragraph 133.

[265] The special advocates urge that warrants issued under section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* should be treated differently from criminal law warrants. Section 21 warrants need only relate to a threat to the security of Canada. And they can only be reviewed when the evidence obtained by the warrant happens to be needed in a legal proceeding. Accordingly, the special advocates say, there is reason—even more than in the normal criminal search warrant context—for the Service to make full, frank and fair disclosure to the issuing justice when seeking these warrants, even disclosure of material that the Service itself may not accept as accurate or truthful.

savoir s’il existe des motifs pour lesquels le juge saisi de la demande « pourrait » décerner le mandat. Le tribunal de révision évalue la question au moyen d’une [TRADUCTION] « analyse contextuelle du dossier, non pas une dissection fragmentaire d’éléments de preuve individuels sortis de leur contexte dans une vaine recherche d’inférences exculpatrices de rechange » : arrêt *Nero*, au paragraphe 68.

[263] On est loin d’entendre de nouveau la demande originale pour obtenir le mandat. Le tribunal de révision n’est pas habilité à substituer ses points de vue ou son orientation à ceux du tribunal qui a délivré le mandat.

[264] Dans des motifs confidentiels concernant la validité du mandat, la Cour fédérale a recensé et appliqué ces normes. Citant l’arrêt *Garofoli*, à la page 1452, la Cour fédérale a indiqué que «[s]i, compte tenu du dossier dont disposait le juge qui a accordé l’autorisation et complété lors de la révision, le juge siégeant en révision conclut que le juge qui a accordé l’autorisation *pouvait* le faire, il ne devrait pas intervenir » (pas d’italiques dans l’original) : 2013 CF 1096, au paragraphe 129. Elle a conclu que, même en éliminant du mandat les parties qui posent problème, il y aurait quand même eu suffisamment d’éléments de preuve pour convaincre le juge désigné qu’il existait des motifs raisonnables de décerner le mandat : 2013 CF 1096, au paragraphe 133.

[265] Les avocats spéciaux font valoir que les mandats décernés en vertu de l’article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* devraient être traités différemment des mandats décernés en vertu du droit pénal. Les mandats décernés en vertu de l’article 21 peuvent avoir trait uniquement à une menace pour la sécurité du Canada. Ils peuvent être révisés uniquement lorsque les éléments de preuve obtenus par le truchement du mandat sont nécessaires dans une procédure judiciaire. En conséquence, les avocats spéciaux disent qu’il existe un motif — même plus que dans le contexte normal des mandats de perquisition délivrés en vertu du droit pénal — pour le Service de procéder à une divulgation complète, franche et équitable au juge qui décerne le mandat lorsqu’ils demandent ce mandat, même la divulgation de documents que le Service peut lui-même ne pas accepter comme étant exacts ou véridiques.

[266] Thus, the special advocates submit that this Court should depart from the usual approach applied to the review of criminal search warrants. As noted above, under that approach, the reviewing court asks whether the warrant could have issued notwithstanding the suppression of exculpatory evidence. At paragraph 65 of their memorandum of fact and law, they submit that when there has been any failure to disclose material evidence, “the warrant should not issue or should be set aside”.

[267] In my view, the different nature of section 21 warrants does not justify a different legal standard. The fact that a section 21 warrant may be hard to challenge in some contexts does not logically lead to the conclusion that when it is challenged in court for omissions or inaccuracies—exactly like a criminal law search warrant—it should be subject to a different legal test. In terms of legal policy, it is hard to understand why a section 21 warrant that could have issued despite omissions or inaccuracies should be treated differently from a criminal law warrant. In fact, given the ever-increasing need to guard against terrorism and other threats to national security it is difficult to understand why admissibility standards in the national security context should be more stringent than those in the criminal law context.

[268] The special advocates also submit that paragraph 21(2)(b) of the Act should have been interpreted to require an evidentiary showing of investigative necessity and there was no investigative necessity here.

[269] I reject this. Paragraph 21(2)(b) requires a deponent seeking a warrant to depose that “other investigative procedures have been tried and have failed” or “that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation using only other investigative procedures”. But an alternative ground is where, without a warrant, “it is likely that information

[266] Ainsi, les avocats spéciaux soutiennent que notre Cour devrait s’écarter de l’approche habituelle appliquée au contrôle des mandats de perquisition en vertu du droit pénal. Comme on l’a indiqué plus haut, dans le cadre de cette approche, le tribunal de révision demande si le mandat aurait pu être décerné nonobstant la suppression des éléments de preuve exculpatoires. Au paragraphe 65 de leur mémoire des faits et du droit, ils soutiennent que, lorsqu’il y a eu une omission de divulguer des éléments de preuve importants, [TRADUCTION] « le mandat ne devrait pas être délivré ou devrait être annulé ».

[267] À mon avis, la nature différente des mandats délivrés en vertu de l’article 21 ne justifie pas une norme juridique différente. Le fait qu’un mandat délivré en vertu de l’article 21 puisse être difficile à contester dans certains contextes ne mène pas logiquement à la conclusion que, lorsqu’il est contesté devant un tribunal pour omissions ou inexactitudes — exactement comme un mandat de perquisition en vertu du droit pénal —, il devrait être assujéti à un critère juridique différent. Pour ce qui est de la politique juridique, il est difficile de comprendre pourquoi un mandat délivré en vertu de l’article 21, qui pourrait avoir été décerné malgré des omissions ou des inexactitudes, devrait être traité différemment d’un mandat décerné en vertu du droit pénal. De fait, étant donné la nécessité sans cesse croissante de se protéger contre le terrorisme et d’autres menaces pour la sécurité nationale, il est difficile de comprendre pourquoi les critères d’admissibilité dans le contexte de la sécurité nationale devraient être plus rigoureux que ceux dans le contexte du droit pénal.

[268] Les avocats spéciaux soutiennent également que l’alinéa 21(2)b) de la Loi devrait avoir été interprété de façon à exiger un examen des preuves démontrant la nécessité de mener une enquête et qu’en l’espèce aucune enquête n’était nécessaire.

[269] Je rejette cette prétention. L’alinéa 21(2)b) exige qu’un déposant qui cherche à obtenir un mandat dépose sous serment que « d’autres méthodes d’enquête ont été essayées en vain » ou que « le fait que l’urgence de l’affaire est telle qu’il serait très difficile de mener l’enquête sans mandat ». Par contre, il y a un autre motif lorsque, sans mandat, « il est probable que des

of importance with respect to the threat to the security of Canada ... would not be obtained.” This third ground provides an independent basis for obtaining a warrant and does not require a demonstration of investigative necessity: *R. v. Alizadeh*, 2014 ONSC 1624, 315 C.C.C. (3d) 295, at paragraphs 20–29.

[270] In particular, I agree with the following passage from *Alizadeh* (at paragraph 29):

...Under the third rubric of s. 21(2)(b) of the [*Canadian Security Intelligence Service Act*], there is no need to demonstrate that other investigative procedures have been tried and exhausted. Rather, taking into account the practical and complex realities required for CSIS to fulfil its mandate to investigate ongoing and future national security threats, the likelihood of loss of important information with respect to these future threats is a distinct, legitimate, and necessary ground upon which a justice can issue a warrant. There are internal limitations found in the wording of this provision, namely, that the information must be “important” and that there must be a “likelihood” that the information would not otherwise be obtained. These words must be interpreted in a meaningful way so as to protect the important privacy interests of Canadian citizens and residents.

[271] The Federal Court, in rather conclusory reasons, considered that in any event, investigative necessity was present. Upon review of both the open record and the closed record, I see no palpable and overriding error in that finding.

- (d) The use of hearsay evidence and unsourced intelligence evidence

[272] Mr. Mahjoub makes many submissions that, broadly, can be seen as an attack against the alleged unfairness of paragraph 83(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. This paragraph provides that “the judge may receive into evidence anything that, in the judge’s opinion, is reliable and appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base a decision on that evidence.”

informations importantes concernant les menaces ou les fonctions visées [...] ne pourraient être acquises ». Ce troisième motif prévoit un fondement indépendant pour obtenir un mandat et n’exige pas une démonstration de la nécessité de mener une enquête : décision *R. v. Alizadeh*, 2014 ONSC 1624, 315 C.C.C. (3d) 295, aux paragraphes 20 à 29.

[270] Plus précisément, je souscris au passage suivant tiré de la décision *Alizadeh* (au paragraphe 29) :

[TRADUCTION] [...] En vertu du troisième volet de l’alinéa 21(2)b) de la [*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*], il n’est pas nécessaire de démontrer que d’autres procédures d’enquête ont été essayées et épuisées. Au contraire, en tenant compte des réalités pratiques et complexes exigées du SCRS pour s’acquitter de son mandat qui consiste à mener des enquêtes à l’égard de menaces actuelles et futures pour la sécurité nationale, la probabilité de la perte de renseignements importants à l’égard de ces futures menaces constitue un motif distinct, légitime et nécessaire pour lequel un juge peut délivrer un mandat. Il existe des limites internes dans le libellé de cette disposition, à savoir que les renseignements doivent être « importants » et qu’il doit y avoir une « probabilité » qu’il ne soit pas possible d’obtenir les renseignements autrement. Ces mots doivent être interprétés de façon significative de manière à protéger les intérêts privés importants de citoyens et résidents canadiens.

[271] La Cour fédérale, dans des motifs plutôt déterminants, a estimé que, quoi qu’il en soit, la nécessité de mener une enquête était présente. À l’examen du dossier public et du dossier à huis clos, je ne vois aucune erreur manifeste et dominante dans cette conclusion.

- d) L’utilisation d’éléments de preuve obtenus par ouï-dire et d’éléments de preuve provenant de renseignements de source inconnue

[272] M. Mahjoub présente de nombreuses allégations qui, de façon générale, peuvent être perçues comme une attaque contre l’iniquité alléguée de l’alinéa 83(1)h) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Cet alinéa prévoit que le juge « peut recevoir et admettre en preuve tout élément — même inadmissible en justice — qu’il estime digne de foi et utile et peut fonder sa décision sur celui-ci ».



[273] To the extent that these unfairness arguments go to constitutionality, they do not succeed.

[274] The Supreme Court in *Harkat* has upheld the constitutionality of paragraph 83(1)(h), effectively vindicating the manner in which the Federal Court proceeded.

[275] In *Harkat*, the Supreme Court considered the use of hearsay in unsourced evidence. It held that “[w]hile [paragraph] 83(1)(h) of the [*Immigration and Refugee Protection Act*] may result in the admission of hearsay evidence and deny the special advocates the ability to cross-examine sources, it does not violate s. 7 of the *Charter*”: *Harkat*, at paragraph 76. The Supreme Court rejected the idea that the traditional rules of evidence, such as hearsay, have “been constitutionalized into unalterable principles of fundamental justice”: *Harkat*, at paragraph 76; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, (1993), 85 C.C.C. (3d) 289, at page 453, per L’Heureux-Dubé J.

[276] Instead, according to the Supreme Court, the constitutionally salient consideration is reliability, though considerations of appropriateness, including fairness in the proceedings, must come to bear on admissibility: *Harkat*, at paragraph 76; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at paragraph 48. This includes the discretion to exclude evidence whose probative effect is outweighed by its prejudicial effect: *Harkat*, at paragraph 76. Paragraph 83(1)(h) confirms these considerations, providing that the standard for admissibility is reliability and appropriateness.

[277] Without the benefit of the Supreme Court’s decision in *Harkat*, the Federal Court, again quite presciently, upheld the constitutionality of paragraph 83(1)(h) and made reliability and appropriateness, in the sense discussed in the Supreme Court’s *Harkat* decision, its guiding star in navigating through the evidentiary issues, including hearsay issues.

[278] In particular, the Federal Court held that hearsay evidence could be admitted under the paragraph without compromising the fairness of the proceedings. In

[273] Dans la mesure où ces arguments sur l’iniquité ont trait à la constitutionnalité, ils sont rejetés.

[274] Dans l’arrêt *Harkat*, la Cour suprême a maintenu la constitutionnalité de l’alinéa 83(1)h), justifiant effectivement la façon dont la Cour fédérale a procédé.

[275] Dans l’arrêt *Harkat*, la Cour suprême a examiné l’utilisation du ouï-dire dans des éléments de preuve de source inconnue. Elle a conclu que « [b]ien que [l’alinéa] 83(1)h) de la [*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*] puisse entraîner l’admission de preuve par ouï-dire et empêcher les avocats spéciaux de contre-interroger les sources, il n’enfreint pas l’art. 7 de la *Charte* » : arrêt *Harkat*, au paragraphe 76. La Cour suprême a rejeté l’idée voulant que les règles de preuve classiques, notamment le ouï-dire, ont « été érigées dans la Constitution en principes inaltérables de justice fondamentale » : arrêt *Harkat*, au paragraphe 76; arrêt *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, à la page 453, sous la plume de la juge L’Heureux-Dubé.

[276] Plutôt, selon la Cour suprême, la considération prédominante de la constitutionnalité est l’élément digne de foi, quoique des considérations liées à l’élément utile, y compris l’équité dans les procédures, doivent en venir à influencer sur l’admissibilité. : arrêt *Harkat*, au paragraphe 76; arrêt *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, au paragraphe 48. Cela comprend le pouvoir discrétionnaire d’exclure des éléments de preuve dont l’effet préjudiciable l’emporte sur l’effet probant : arrêt *Harkat*, au paragraphe 76. L’alinéa 83(1)h) confirme ces considérations, pourvu que la norme concernant l’admissibilité soit l’élément digne de foi et utile.

[277] Sans disposer de l’enseignement de la Cour suprême dans l’arrêt *Harkat*, la Cour fédérale, une fois de plus de façon assez clairvoyante, a maintenu la constitutionnalité de l’alinéa 83(1)h) et a fait de l’élément digne de foi et utile, au sens de l’arrêt *Harkat* de la Cour suprême, son point de repère dans sa navigation dans les questions de preuve, y compris les questions du ouï-dire.

[278] Plus précisément, la Cour fédérale a conclu que la preuve par ouï-dire pouvait être admise en vertu de l’alinéa sans compromettre le caractère équitable des

*Harkat*, at paragraphs 75 and 76, the Supreme Court upheld that proposition, noting that the court has a broad discretion to screen out unreliable evidence after a searching review. This is exactly how the Federal Court proceeded and frequently it screened out evidence it considered hazardous to rely upon: 2013 FC 1092, at paragraphs 218–228, 230–231, 248–252, 254–259, 262, 268–269, 292, 294–295, 447, 450, 452–454, 456–457, 501–503, 528, 574–583, 595–596, 599, 600, 609, 614 and 615.

[279] In assessing evidence using the reliability and appropriateness standard under paragraph 83(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, the Federal Court was appropriately cautious. Although the paragraph allows evidence to be admitted “even if it is inadmissible in a court of law”, the Federal Court observed that the traditional rules of evidence are not to be disregarded in their entirety, observing that many of them grew out of a concern about reliability and fairness. Overall, the Federal Court considered itself to be bound by standards of reliability and fairness or, broadly put, the guarantee of trial fairness under the principles of fundamental justice in section 7 of the Charter: 2013 FC 1097, at paragraphs 131–134. I agree with the Federal Court’s reasons on this point.

[280] In the Federal Court and before us, Mr. Mahjoub attacked the use of “unsourced evidence” in the case against him. “Unsourced evidence” is evidence or information obtained from a foreign agency where the agency’s source for the evidence or information is not provided. Mr. Mahjoub submits that unsourced evidence should not have been used at all.

[281] The Federal Court rejected this argument. I agree with this for the reasons it gave.

[282] The Federal Court observed that in the intelligence context, inquiring about the source of information would be a “fundamental transgression of the

procédures. Dans l’arrêt *Harkat*, aux paragraphes 75 et 76, la Cour suprême a maintenu cette proposition, soulignant que le tribunal a un large pouvoir discrétionnaire pour écarter les éléments de preuve qui ne sont pas dignes de foi après examen. C’est exactement de cette façon que la Cour fédérale a procédé et qu’elle écarte fréquemment des éléments de preuve sur lesquels elle estime qu’il est dangereux de se fonder : 2013 CF 1092, aux paragraphes 218 à 228, 230, 231, 248 à 252, 254 à 259, 262, 268, 269, 292, 294, 295, 447, 450, 452 à 454, 456, 457, 501 à 503, 528, 574 à 583, 595, 596, 599, 600, 609, 614 et 615.

[279] En évaluant la preuve à l’aide du critère des éléments dignes de foi et des éléments utiles en vertu de l’alinéa 83(1)h) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, la Cour fédérale a fait preuve de prudence. Même si l’alinéa permet d’admettre un élément de preuve « même inadmissible en justice », la Cour fédérale fait remarquer que les règles de preuve classiques ne doivent pas être écartées dans leur intégralité, soulignant qu’un grand nombre d’elles découlent d’une préoccupation au sujet de l’élément digne de foi et de l’équité. Dans l’ensemble, la Cour fédérale s’est estimée elle-même liée par le critère des éléments dignes de foi et de l’équité ou, plus généralement, la garantie d’un procès équitable en vertu des principes de justice fondamentale de l’article 7 de la Charte : 2013 CF 1097, aux paragraphes 131 à 134. Je souscris aux motifs de la Cour fédérale sur ce point.

[280] Devant la Cour fédérale et devant notre Cour, M. Mahjoub s’en est pris à l’utilisation « d’éléments de preuve de source inconnue » dans la preuve contre lui. Des « éléments de preuve de source inconnue » sont des éléments de preuve ou renseignements obtenus d’un organisme étranger dont la source n’est pas fournie. M. Mahjoub soutient que les éléments de preuve de source inconnue ne devraient pas du tout être utilisés.

[281] La Cour fédérale a rejeté cet argument. J’y souscris compte tenu des motifs qu’elle a donnés.

[282] La Cour fédérale a fait observer que, dans le contexte du renseignement, poser des questions au sujet de la source de renseignements constituerait une

[intelligence-sharing] relationship” and, thus, would place Canada’s intelligence-sharing relations in jeopardy and would result in danger to national security: 2013 FC 1094, at paragraphs 18 and 19; testimony of Mr. Brooks in the closed hearing. In its view, un-sourced evidence cannot be categorically inadmissible. However, it does not automatically go into evidence either. It must be shown to be reliable and appropriate in all the circumstances—in other words, admissible under the statutory standards of paragraph 83(1)(h).

[283] Further, under subsection 83(1.1), it cannot be “information that is believed on reasonable grounds to have been obtained as a result of the use of torture ... or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment”. I deal with this specific ground in the next section of these reasons.

[284] In considering un-sourced evidence given by a foreign agency, the Federal Court considered a number of factors (at 2013 FC 1094, at paragraphs 21 and 26–27) such as evidence of methodologies used by the foreign agency and its human rights record, the nature and duration of the relationship between the foreign agency and the Service, past experiences of the Service with the foreign agency, the foreign agency’s international reputation and the credibility of the foreign agency, including its motivations, inconsistencies or exaggerations. To the Federal Court, this was not a closed list.

[285] The special advocates suggest that the test used by the Federal Court for un-sourced evidence reads subsection 83(1.1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* too narrowly as it fails to adequately guard against evidence tainted by torture or other unacceptable methods and fails to take into account the reality that many states do not source their information when sharing. In other words, the un-sourced nature of the evidence makes it impossible for special advocates to challenge it on the basis that it is derived from torture

[TRANSLATION] « transgression fondamentale de la relation [d’échange de renseignements] » et, ainsi, mettrait les relations d’échange de renseignements du Canada en péril et mettrait en danger la sécurité nationale : 2013 CF 1094, aux paragraphes 18 et 19; témoignage de M. Brooks lors de l’audience à huis clos. À son avis, des éléments de preuve dont la source est inconnue ne peuvent pas être catégoriquement inadmissibles. Cependant, ils ne sont pas automatiquement présentés en preuve non plus. Il faut démontrer qu’ils sont dignes de foi et utiles dans toutes les circonstances — autrement dit, admissibles en vertu des normes prévues par la loi et exposées à l’alinéa 83(1)h).

[283] En outre, en vertu du paragraphe 83(1.1), il ne peut pas s’agir de « renseignements dont il existe des motifs raisonnables de croire qu’ils ont été obtenus par suite du recours à la torture [...] ou à d’autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ». J’aborde ce motif précis dans la prochaine section des présents motifs.

[284] En examinant des éléments de preuve de source inconnue donnés par un organisme étranger, la Cour fédérale a tenu compte de plusieurs facteurs (à la référence 2013 CF 1094, aux paragraphes 21, 26 et 27), notamment des éléments de preuve des méthodes utilisées par l’organisme étranger et son dossier au chapitre des droits de la personne, la nature et la durée de la relation entre l’organisme étranger et le Service, les expériences du Service avec l’organisme étranger, la réputation internationale de l’organisme étranger et la crédibilité de l’organisme étranger, y compris ses motivations, ses incohérences ou ses exagérations. Pour la Cour fédérale, il ne s’agissait pas d’une liste fixe.

[285] Les avocats spéciaux indiquent que la Cour fédérale, dans son utilisation du critère concernant les éléments de preuve de source inconnue, interprète le paragraphe 83(1.1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* trop étroitement étant donné qu’il ne protège pas adéquatement contre les éléments de preuve viciés par la torture ou d’autres méthodes inacceptables et il ne tient pas compte de la réalité selon laquelle de nombreux États n’indiquent pas la source de leurs renseignements lorsqu’ils se livrent à un échange. Autrement

or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, or is otherwise unreliable or inappropriate. The special advocates also raise issues as to whether the test proposed by the Federal Court, as a practical matter, can be applied meaningfully.

[286] I do not share the special advocates' concerns. The test respects the principles of what constitutes reliable evidence set out in the jurisprudence, such as the Supreme Court's decision in *Harkat*. And, as deployed in this case, the approach seems to have worked. In some instances, the Federal Court gave unsourced evidence no weight, required it to have "truly independent corroboration", or exercised caution: 2013 FC 1092, at paragraphs 62, 115, 575, 582 and 589.

[287] In this area, the Federal Court was assisted by testimony relating to the Canadian Security Intelligence Service's approach to foreign agency information, particularly in assessing its value. Since intelligence sharing relies on the "give to get" principle, a foreign agency that continually provides inaccurate or misleading information could endanger its reputation in the intelligence community and impair its ability to successfully interact with other agencies. As a result, the Canadian Security Intelligence Service has developed a detailed metric for evaluating the information it receives and it carefully evaluates the agencies it deals with to ensure they provide sufficiently reliable information. Accordingly, it is a mistake to assume, as Mr. Mahjoub seems to assume, that all unsourced evidence is inherently unreliable and should be excluded.

[288] The test the Federal Court has formulated is correct. As well, in the end, the reasonableness of the security certificate is amply confirmed by evidence other than unsourced evidence.

dit, le fait que les éléments de preuve soient de source inconnue fait qu'il est impossible pour les avocats spéciaux de les contester aux motifs qu'ils sont obtenus par la torture ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou qu'ils ne sont pas par ailleurs dignes de foi ou utiles. Les avocats spéciaux se demandent aussi si le critère proposé par la Cour fédérale, sur le plan pratique, peut s'appliquer de façon significative.

[286] Je ne partage pas les inquiétudes des avocats spéciaux. Le critère respecte les principes de ce qui constitue des éléments de preuve dignes de foi exposés dans la jurisprudence, notamment la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Harkat*. Tel qu'elle a été déployée en l'espèce, l'approche semble avoir donné de bons résultats. Dans certains cas, la Cour fédérale n'a donné à des éléments de preuve de source inconnue aucun poids, a exigé qu'ils aient une « corroboration indépendante véritable », ou a agi avec prudence : 2013 CF 1092, aux paragraphes 62, 115, 575, 582 et 589.

[287] À cet égard, la Cour fédérale a reçu l'aide de témoignages relativement à l'approche du Service canadien du renseignement de sécurité vis-à-vis des renseignements des organismes étrangers, plus particulièrement dans l'appréciation de leur valeur. Étant donné que l'échange de renseignements s'appuie sur le principe « qu'il faut donner pour recevoir », un organisme étranger qui fournit continuellement des renseignements inexacts ou trompeurs pourrait mettre en danger sa réputation dans la communauté du renseignement et nuire à sa capacité d'interagir avec succès avec d'autres organismes. En conséquence, le Service canadien du renseignement de sécurité a mis au point un indicateur détaillé pour évaluer les renseignements qu'il reçoit et il évalue minutieusement les organismes avec lesquels il transige pour s'assurer qu'ils fournissent des renseignements suffisamment dignes de foi. Par conséquent, il est toutefois faux de croire, comme semble le faire M. Mahjoub, que tous les éléments de preuve de source inconnue sont intrinsèquement non dignes de foi et devraient être exclus.

[288] Le critère formulé par la Cour fédérale est valable. En outre, à la fin, le caractère raisonnable du certificat de sécurité est amplement confirmé par des éléments de preuve autres que ceux de source inconnue.

[289] There is no error of law or palpable and overriding error in the Federal Court's consideration of the evidence under paragraph 83(1)(h), including the evidence said to be hearsay and unsourced. There are no grounds for awarding a permanent stay of proceedings.

- (e) The use of information derived from torture or cruel, inhuman and degrading treatment

[290] It will be recalled that “information that is believed on reasonable grounds to have been obtained as a result of the use of torture ... or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment” is inadmissible: subsection 83(1.1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

[291] In a motion in 2010, the Federal Court excluded some evidence relied upon by the ministers in the Security Intelligence Report because there were reasonable grounds to believe it had a plausible connection to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment: *Mahjoub (Re)*, 2010 FC 787. The Federal Court was persuaded that “significant information” had been gathered “by methods that [did] not include the use of torture or [cruel, inhuman or degrading treatment or punishment]”: *Mahjoub (Re)*, 2010 FC 787, at paragraphs 116–117, 160–168, 207 and 229.

[292] In a general abuse of process motion, Mr. Mahjoub raised this issue again. The Federal Court found that its earlier order had remedied any violation of Mr. Mahjoub's section 7 rights and so no further remedy was warranted to protect trial fairness or to vindicate the interests of justice: 2013 FC 1095, at paragraphs 120–132. The Federal Court found that the Service intended to exclude information obtained by torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. At no time was it acting in ignorance of Charter standards or in willful and flagrant disregard of the Charter.

[289] Il n'y a aucune erreur de droit ou erreur manifeste et dominante dans l'examen qu'a fait la Cour fédérale des éléments de preuve en vertu de l'alinéa 83(1)h), y compris les éléments de preuve par ouï-dire ou de source inconnue. Il n'existe aucun motif pour accorder un arrêt permanent des procédures.

- e) L'utilisation de renseignements obtenus par la torture ou des traitements cruels, inhumains et dégradants

[290] On se rappellera que « les renseignements dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'ils ont été obtenus par suite du recours à la torture [...] ou à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » ne sont pas admissibles : paragraphe 83(1.1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

[291] Dans une requête présentée en 2010, la Cour fédérale a exclu certains éléments de preuve sur lesquels s'étaient fondés les ministres dans le rapport de renseignements de sécurité parce qu'il existait des motifs raisonnables de croire qu'il y avait un lien vraisemblable avec la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants : *Mahjoub (Re)*, 2010 CF 787. La Cour fédérale était persuadée qu'une « part importante des renseignements » avaient été recueillis « par des méthodes autres que la torture ou les [peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants] » : *Mahjoub (Re)*, 2010 CF 787, aux paragraphes 116, 117, 160 à 168, 207 et 229.

[292] Dans le cadre d'une requête générale sur l'abus de procédure, M. Mahjoub a soulevé une fois de plus cette question. La Cour fédérale a conclu que son ordonnance antérieure avait remédié à toute violation des droits de M. Mahjoub garantis par l'article 7 et qu'aucune autre réparation n'était justifiée pour protéger le caractère équitable du procès ou pour faire prévaloir les intérêts de la justice : 2013 CF 1095, aux paragraphes 120 à 132. La Cour fédérale a conclu que le Service comptait exclure les renseignements obtenus par la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Il n'a à aucun moment agi sans tenir compte des normes prévues par la Charte ou en faisant preuve d'un mépris délibéré et flagrant de la Charte.

[293] Mr. Mahjoub submits that in rejecting its arguments in the abuse of process motion, the Federal Court ignored relevant criteria. I am not persuaded that this is so. The Federal Court cited all relevant authority and applied it faithfully to the evidence before it. There is no error in law, nor any palpable and overriding error.

[294] In assessing this issue, the Federal Court employed a two-step approach for assessing the admissibility of evidence under subsection 83(1.1). It drew this approach substantially from the House of Lords decision in *A. and Others v. Secretary of State for the Home Department*, 2005 UKHL 71, [2006] 2 A.C. 221 and the Supreme Court's analysis in *R. v. S.(R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, (1995), 121 D.L.R. (4th) 589, at pages 565 and 566. First, the named person or, more typically, special advocates acting on the named person's behalf, must demonstrate a "plausible connection" between the use of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment and the information to be used against him or her. This preliminary burden can be met: there is plenty of information available to the public regarding the human rights practices of different regimes around the world. As a result, the House of Lords called this a "low bar": *A. and Others*, at paragraph 116. Once this low standard is met, the onus shifts to the ministers to adduce evidence that will satisfy the court on the issue of admissibility.

[295] The Court of Appeal for Ontario has approved and adopted the Federal Court's two-step approach in *France v. Diab*, 2014 ONCA 374, 120 O.R. (3d) 174, at paragraphs 261–264, and so do I.

[296] The special advocates argue that for the information to be admissible under subsection 83(1.1), the Ministers should be required to prove a negative, namely that the "information could not have come from" torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, even in the absence of any evidence that

[293] M. Mahjoub soutient qu'en rejetant ses arguments dans le cadre de la requête sur l'abus de procédure, la Cour fédérale n'a pas tenu compte de critères pertinents. Je n'en suis pas convaincu. La Cour fédérale a cité toute la jurisprudence pertinente et l'a appliquée fidèlement aux éléments de preuve dont elle était saisie. Il n'y a aucune erreur de droit, ni aucune erreur manifeste et dominante.

[294] En évaluant cette question, la Cour fédérale a eu recours à une approche à deux volets pour apprécier l'admissibilité des éléments de preuve en vertu du paragraphe 83(1.1). Elle a tiré en grande partie son approche de la décision de la Chambre des lords dans l'arrêt *A. and Others v. Secretary of State for the Home Department*, 2005 UKHL 71, [2006] 2 A.C. 221 et de l'analyse de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. S.(R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, aux pages 565 et 566. Premièrement, la personne visée ou, plus habituellement, les avocats spéciaux agissant au nom de la personne visée, doivent démontrer [TRADUCTION] « l'existence plausible d'un lien » entre l'utilisation de la torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et les renseignements à utiliser contre elle. Ce fardeau préliminaire peut être satisfait : le public dispose d'énormément de renseignements au sujet des pratiques en matière des droits de la personne des différents régimes un peu partout dans le monde. En conséquence, la Chambre des lords a dit qu'il s'agit d'un [TRADUCTION] « critère très peu exigeant » : arrêt *A. and Others*, au paragraphe 116. Une fois ce critère très peu exigeant satisfait, le fardeau passe aux ministres à qui il incombe de présenter des éléments de preuve qui satisferont le tribunal quant à la question de l'admissibilité.

[295] La Cour d'appel de l'Ontario a approuvé et adopté l'approche à deux volets de la Cour fédérale dans l'arrêt *France v. Diab*, 2014 ONCA 374, 120 O.R. (3d) 174, aux paragraphes 261 à 264, et j'en fais autant.

[296] Les avocats spéciaux soutiennent que, pour que les renseignements soient admissibles en vertu du paragraphe 83(1.1), les ministres devraient être tenus de prouver un élément négatif, à savoir que les [TRADUCTION] « renseignements ne pouvaient pas avoir été obtenus » par la torture ou des peines ou traitements

the information was derived from torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

[297] This is inconsistent with the wording of paragraph 83(1)(h) and subsection 83(1.1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The framework under those provisions is “admissibility absent reasonable grounds”, not “inadmissibility unless torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment has been negated”. In particular, paragraph 83(1)(h) states a presumptive rule that information that is reliable and appropriate is admissible. And subsection 83(1.1) specifically refers to paragraph 83(1)(h) and excepts information from it where it is “believed on reasonable grounds to have been obtained as a result of the use of torture ... or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment”.

[298] Therefore, the approach applied by the Federal Court in this matter is consistent with both other national security jurisprudence and the text of the operative provisions themselves. There is no basis upon which this Court should intervene.

- (f) Breaches of solicitor-client privilege and litigation privilege: the commingling of documents

[299] A full summary of the facts relevant to this issue can be found in the Federal Court’s decision at 2012 FC 669.

[300] In July 2011, the Federal Court’s hearing into the reasonableness of the certificate was adjourned for the summer. Assistants from the Department of Justice attended at the Federal Court in Toronto to retrieve the ministers’ documents from the courtroom and from a breakout room. The plan was to collect the material, return to the offices of the Department of Justice and organize the materials.

cruels, inhumains ou dégradants, même en l’absence de tout élément de preuve selon lequel les renseignements avaient été obtenus par la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

[297] Ce n’est pas conforme au libellé de l’alinéa 83(1)h) et du paragraphe 83(1.1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Le cadre à l’origine de ces dispositions est « l’admissibilité en l’absence de motifs raisonnables » et non pas « l’inadmissibilité à moins qu’il ne soit prouvé que les renseignements n’ont pas été obtenus par la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ». Plus précisément, l’alinéa 83(1)h) énonce une présomption selon laquelle les renseignements qui sont dignes de foi et utiles sont admissibles. Le paragraphe 83(1.1) renvoie plus précisément à l’alinéa 83(1)h) et fait exception des renseignements « dont il existe des motifs raisonnables de croire qu’ils ont été obtenus par suite du recours à la torture [...] ou à d’autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ».

[298] Par conséquent, l’approche adoptée par la Cour fédérale dans la présente affaire est conforme à la fois à la jurisprudence sur la sécurité nationale d’autres cours et au texte des dispositions opérantes mêmes. Il n’existe aucun fondement en vertu duquel notre Cour devrait intervenir.

- f) Manquements au secret professionnel de l’avocat et au privilège relatif au litige : l’amalgamation de documents

[299] On peut trouver un résumé complet des faits pertinents à cette question dans la décision de la Cour fédérale à la référence 2012 CF 669.

[300] En juillet 2011, l’audience de la Cour fédérale sur le caractère raisonnable du certificat a été ajournée pour l’été. Des adjoints du ministère de la Justice ont assisté à l’audience de la Cour fédérale à Toronto pour récupérer les documents des ministres de la salle d’audience et d’une salle de travail. Le plan consistait à recueillir les documents, revenir aux bureaux du ministère de la Justice et organiser les documents.

[301] Inadvertently, the assistants also collected materials stored in Mr. Mahjoub's breakout room. Both parties' materials were placed, commingled, in an unoccupied office at the Department of Justice. The assistants began to sort the documents. Upon suspecting that some of the materials did not belong to the ministers, they ceased their sorting. Inadvertently, the ministers' materials had been commingled with Mr. Mahjoub's materials.

[302] Mr. Mahjoub feared that some of his materials—confidential and subject to litigation privilege and solicitor and client privilege—had been acquired by the ministers and had been reviewed. He brought a motion for an immediate stay of the proceedings.

[303] Before ruling on Mr. Mahjoub's motion for a stay, the Federal Court established a process for separating the commingled documents. A Prothonotary presided over the separation process and prepared a report on the results.

[304] Taking into account all that had transpired and the Prothonotary's report, the Federal Court dismissed the motion for a permanent stay. It termed the ministers' conduct in taking Mr. Mahjoub's documents as "unintentional and negligent": 2012 FC 669, at paragraph 149. It held that the ministers had adduced enough evidence showing that Mr. Mahjoub's materials were not reviewed by anyone on the Minister's team: 2012 FC 669, at paragraphs 122–133. Overall, it held that Mr. Mahjoub was not actually prejudiced. In its view, the actual fairness of the proceedings had not been affected.

[305] However, the Federal Court found that the seizure itself was a violation of Mr. Mahjoub's right against unreasonable search and seizure: 2012 FC 669, at paragraphs 157 and 158. It also found that the appearance of the fairness of the proceedings had suffered. As a result, he found that there was an abuse of process under the so-called residual category—an

[301] Par inadvertance, les adjoints ont aussi recueilli des documents entreposés dans la salle de travail de M. Mahjoub. Les documents des deux parties ont été placés, amalgamés, dans un bureau inoccupé au ministère de la Justice. Les adjoints ont commencé à trier les documents. Dès qu'ils ont soupçonné que certains documents n'appartenaient pas aux ministres, ils ont cessé leur tri. Par inadvertance, des documents des ministres avaient été mêlés à des documents de M. Mahjoub.

[302] M. Mahjoub craignait que certains de ses documents — confidentiels et assujettis au privilège relatif au litige et au privilège du secret professionnel liant l'avocat à son client — avaient été acquis par les ministres et avaient été examinés. Il a présenté une requête en arrêt immédiat des procédures.

[303] Avant de statuer sur la requête en arrêt des procédures de M. Mahjoub, la Cour fédérale a établi un processus pour séparer les documents amalgamés. Un protonotaire a présidé au processus de séparation et a rédigé un rapport sur les résultats.

[304] Tenant compte de tout ce qui avait transpiré et du rapport du protonotaire, la Cour fédérale a rejeté la requête en arrêt permanent des procédures. Elle a qualifié la conduite des ministres pour avoir pris les documents de M. Mahjoub « d'erreur involontaire commise par négligence » : 2012 CF 669, au paragraphe 149. Elle a conclu que les ministres avaient présenté suffisamment d'éléments de preuve qui indiquaient que les documents de M. Mahjoub n'avaient pas été examinés par qui que ce soit au sein de l'équipe des ministres : 2012 CF 669, aux paragraphes 122 à 133. Dans l'ensemble, elle a conclu que M. Mahjoub n'avait pas effectivement subi de préjudice. À son avis, le caractère équitable même du procès n'avait pas été touché.

[305] Cependant, la Cour fédérale a conclu que la saisie elle-même constituait une violation du droit de M. Mahjoub d'être protégé contre toute perquisition ou saisie abusive : 2012 CF 669, aux paragraphes 157 et 158. Elle a aussi conclu que le sentiment que le procès était équitable avait souffert. En conséquence, elle a conclu qu'il y avait eu abus de procédure en vertu



abuse that does not threaten trial fairness but risks undermining the integrity of the judicial process and the administration of justice.

[306] However, the Federal Court considered that the most extreme remedy of staying the proceedings was not warranted on the facts. In its words, this was not the “clearest of cases that would warrant a permanent stay of proceedings”: 2012 FC 669, at paragraph 145. In doing so, it applied a correct understanding of the law to the facts before it.

[307] Applying the jurisprudence of the Supreme Court concerning permanent stays of proceedings, the Federal Court conducted a balancing exercise, weighing the interests that would be served in granting a stay of proceedings against society’s interest in having a final decision on the merits: 2012 FC 669, at paragraph 146. In doing so, it examined the particulars of the case and the nature of the proceedings, Mr. Mahjoub’s circumstances, the seriousness of the ministers’ conduct and its impact on the integrity of the administration of justice, and society’s interest in the adjudication of the case on its merits. The Federal Court concluded (at paragraph 147) that the “affront to fair play and decency caused by the ministers’ taking and co-mingling of Mr. Mahjoub’s privileged documents is not disproportionate to the societal interest of having the underlying proceeding continue and be ultimately decided on the merits.”

[308] The Federal Court was mindful of the fact that lesser remedies for misconduct are available to address the appearance of injury to the administration of justice. So here it ordered a lesser but still significant remedy. Its aim—appropriate given the law on point—was “to ensure that the ministers’ conduct does not undermine society’s expectation in the administration of justice” and “to ensure that any affront to the appearance of fairness will not be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the proceedings or by their outcome”: 2012 FC 669, at paragraph 145.

de la soi-disant catégorie résiduelle — un abus qui ne menace pas le caractère équitable du procès, mais qui risque de miner l’intégrité du processus judiciaire et de l’administration de la justice.

[306] Toutefois, la Cour fédérale a estimé que la réparation la plus extrême, soit l’arrêt des procédures, n’était pas justifiée quant aux faits. Selon ses propres propos, nous n’avons pas affaire à une « situation claire qui justifierait une suspension permanente des procédures » : 2012 CF 669, au paragraphe 145. Ce faisant, elle appliquait une bonne compréhension du droit aux faits dont elle était saisie.

[307] Appliquant la jurisprudence de la Cour suprême concernant l’arrêt permanent des procédures, la Cour fédérale a procédé à un exercice d’équilibre, sous-pesant les intérêts que servirait l’arrêt des procédures et l’intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond : 2012 CF 669, au paragraphe 146. Ce faisant, elle a examiné les détails de l’affaire et la nature du procès, les circonstances de M. Mahjoub, le caractère grave de la conduite des ministres et son incidence sur l’intégrité de l’administration de la justice, ainsi que l’intérêt pour la société quant au jugement de l’affaire sur le fond. La Cour fédérale a conclu (au paragraphe 147) que « l’atteinte au franc jeu et à la décence causée par la saisie et par l’amalgame, par les ministres, des documents confidentiels de M. Mahjoub, n’est pas disproportionnée par rapport à l’intérêt de la société de faire en sorte que l’instance sous-jacente se poursuive et qu’une décision définitive soit rendue sur le fond ».

[308] La Cour fédérale était consciente du fait qu’il existe des réparations moindres pour inconduite pour constituer une réponse satisfaisante à l’apparence d’entrave à l’administration de la justice. En l’espèce, elle a donc ordonné une réparation moindre, mais tout de même importante. Son but — approprié compte tenu du droit sur ce point — était de « faire en sorte que la conduite des ministres ne mine pas les attentes de la société envers l’administration de la justice » et « faire en sorte que toute atteinte à l’apparence d’équité ne sera pas manifestée, perpétuée ou aggravée lors du déroulement de l’instance ou en raison de l’issue de la demande » : 2012 CF 669, au paragraphe 145.

[309] To this end, it stated that “[i]n order to dispel any lingering perception that counsel for the ministers may have reviewed privileged materials belonging to Mr. Mahjoub and ensure that public confidence in the system of justice is maintained”, it would order that relevant members of the ministers’ litigation team be removed from the file, be barred from working on the proceedings or having any further access to any of the materials or information related to the file, and be prohibited from discussing the file with anyone: 2012 FC 669, at paragraphs 136, 143–144, 148 and 155; 2013 FC 1095, at paragraph 26. In fashioning this remedy, it was mindful of the law concerning the removal of solicitors discussed by the Supreme Court in *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189 and applied the factors discussed in that case.

[310] Here again, the Federal Court applied correct legal principles to the facts before it. And in making a large number of factual findings and in applying the law to the facts before it, the Federal Court did not commit any palpable and overriding error. Here again, there are no grounds for the granting of a permanent stay of proceedings.

(g) Breaches of solicitor-client privilege: the interception of privileged calls

(i) Interceptions under section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* until October 2001

[311] Certain solicitor-client communications were intercepted under national security warrants authorized by section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*. All of the interceptions of solicitor-client communications took place following Mr. Mahjoub’s arrest: 2013 FC 1095, at paragraphs 183 and 184. Mr. Mahjoub submits that the interception of the solicitor-client communications constitutes an abuse of process warranting a stay of the security certificate proceedings.

[309] À cette fin, elle a déclaré que « pour écarter toute perception qui pourrait subsister et qui donnerait à penser que les avocats des ministres ont pris connaissance des documents confidentiels appartenant à M. Mahjoub et pour s’assurer de préserver la confiance du public dans le système de justice », elle ordonnait que les membres pertinents de l’équipe du contentieux des ministres soient retirés du dossier, qu’il leur soit interdit de consulter quelque document ou renseignement que ce soit se rapportant au dossier, et qu’il leur soit interdit de discuter de tout renseignement concernant le dossier avec qui que ce soit : 2012 CF 669, aux paragraphes 136, 143, 144, 148 et 155; 2013 CF 1095, au paragraphe 26. En concevant cette réparation, elle était soucieuse du droit concernant le retrait d’avocats abordé par la Cour suprême dans l’arrêt *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189 et a appliqué les facteurs discutés dans cet arrêt.

[310] Encore une fois, en l’espèce, la Cour fédérale a appliqué les bonnes règles de droit aux faits dont elle était saisie. En tirant un grand nombre de conclusions factuelles et en appliquant le droit aux faits dont elle était saisie, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur manifeste et dominante. Une fois de plus, en l’espèce, il n’existe aucun motif pour accorder un arrêt permanent des procédures.

g) Manquements au secret professionnel de l’avocat : l’interception de conversations protégées

(i) Interceptions en vertu de l’article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* jusqu’en octobre 2001

[311] Certaines communications entre l’avocat et son client ont été interceptées en vertu de mandats de sécurité nationale autorisés par l’article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*. Toutes les interceptions de communications entre l’avocat et son client ont eu lieu après l’arrestation de M. Mahjoub : 2013 CF 1095, aux paragraphes 183 et 184. M. Mahjoub soutient que l’interception de communications entre l’avocat et son client constitue un abus de procédure justifiant un arrêt des procédures concernant le certificat de sécurité.

[312] Here, it must be kept front of mind that the central issue before this Court is the reasonableness of the security certificate. The interceptions did not lead to evidence that was used to support the reasonableness of the security certificate. The ministers did not attempt to use any of the communications as evidence. None of the communications forms part of the information, above, that supports the reasonableness of the certificate. Thus, the interceptions have nothing to do directly with the certificate proceedings before us.

[313] The only issue is whether the interception of solicitor-client communications was so abhorrent to our system of justice that the security certificate proceedings should be stayed. On this, charging itself correctly on the legal principles relating to a stay and applying these principles to the facts before it, the Federal Court declined to grant a stay. There is no reviewable error in this.

[314] All of the interceptions were carried out under section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* or by way of judicial authorization and were conducted in good faith.

[315] At the outset, one must recognize that it is inevitable that national security warrants authorizing the interception of communications sent and received using Mr. Mahjoub's phone will result in the interception of solicitor-client communications. When a lawyer phones Mr. Mahjoub and discusses the proceedings, those discussions will inevitably be intercepted. This sort of "initial interception", an inevitable one, is not fodder for an abuse of process complaint in itself: *Atwal*, above, at paragraphs 15 and 30. The key is what happens to those interceptions afterwards.

[316] In *Atwal*, this Court held that solicitor-client communications can be intercepted and reviewed by a Director or Regional Director General of the Security Service to ascertain whether the communication relates to a "threat to the security of Canada." If not, the communication is destroyed and no further disclosure is made: *Atwal*, at paragraphs 15 and 30 [pages 119 and

[312] En l'espèce, il ne faut pas oublier que la question centrale dont la Cour est saisie est le caractère raisonnable du certificat de sécurité. L'interception n'a pas mené à des éléments de preuve utilisés pour étayer le caractère raisonnable du certificat de sécurité. Les ministres n'ont pas essayé d'utiliser une seule des communications en preuve. Aucune des communications ne fait partie des renseignements, ci-dessus, qui étayaient le caractère raisonnable du certificat de sécurité. Ainsi, les interceptions n'ont rien à voir directement avec l'instance concernant le certificat dont nous sommes saisis.

[313] La seule question en litige est de savoir si l'interception était si abominable pour notre système de justice que l'instance concernant le certificat de sécurité devrait être suspendue. À ce sujet, ayant correctement défini les règles de droit relativement à une suspension et en appliquant ces règles aux faits dont elle était saisie, la Cour fédérale a refusé d'accorder une suspension. Il n'y a aucune erreur révisable en l'espèce.

[314] Toutes les interceptions ont été exécutées aux termes de l'article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* ou au moyen d'une autorisation judiciaire et ont été réalisées de bonne foi.

[315] Dès le départ, il faut reconnaître qu'il est inévitable que les mandats de sécurité nationale autorisant l'interception de communications envoyées et reçues à l'aide du téléphone de M. Mahjoub entraîneraient l'interception de communications entre l'avocat et son client. Lorsqu'un avocat téléphone à M. Mahjoub et discute de l'instance, ces discussions seront inévitablement interceptées. Cette sorte d'« interception initiale », qui est inévitable, ne constitue pas des munitions pour une plainte d'abus de procédure en soi : arrêt *Atwal*, précité, aux paragraphes 15 et 30. La clé est ce qui survient à ces interceptions par la suite.

[316] Dans l'arrêt *Atwal*, notre Cour a conclu que les communications entre l'avocat et son client peuvent être interceptées et être examinées par un directeur ou un directeur général régional du Service de sécurité pour déterminer si la communication a trait à des « menaces envers la sécurité du Canada ». Sinon, la communication est détruite et aucune autre divulgation

[130]. This has been incorporated into a policy that requires an analyst to disengage from the communication once it is known to be a solicitor-client communication. This policy then requires the destruction of the communication. Except for a small number of calls in which Mr. Mahjoub's wife acted as an agent, this policy was followed.

[317] The Federal Court found as a fact that the ministers had rebutted all of the presumed prejudice flowing from the interception of solicitor-client communications, other than minimal prejudice resulting from the interception of calls involving Mr. Mahjoub's family members who, on occasion, were conveying information as agents of his solicitors. In its view, any prejudice resulting from this was "contained if not neutralized completely" by Mr. Mahjoub's hiring of new counsel in 2008, his adoption of a new legal strategy, and the lack of advantage gained by the ministers: 2013 FC 1095, at paragraphs 191–202.

[318] The Federal Court neither erred in law nor did it commit palpable and overriding error in reaching these factually suffused conclusions. I reiterate that there was no evidence before the Federal Court suggesting that any intercepted information was used, directly or indirectly.

[319] Mr. Mahjoub also submits that the Federal Court erred in applying *Atwal*, above, to certain intercepts during the pre-arrest period. But this submission fails because no solicitor-client communications were intercepted during this period.

(ii) Interceptions under the Federal Court release order

[320] Mr. Mahjoub was detained after his arrest until June 2007. The Federal Court issued an order that set out release terms: order dated April 5, 2011 in file DES-7-08.

n'est faite : arrêt *Atwal*, aux paragraphes 15 et 30. Cette démarche a été intégrée dans une politique qui exige qu'un analyste se retire de la communication dès qu'il sait qu'il s'agit d'une communication entre l'avocat et son client. Cette politique exige ensuite la destruction de la communication. À l'exception d'un petit nombre d'appels pour lesquels l'épouse de M. Mahjoub agissait en tant que représentante, cette politique a été respectée.

[317] La Cour fédérale a considéré comme un fait établi que les ministres avaient réfuté tout le préjudice présumé découlant de l'interception de communications entre l'avocat et son client, si ce n'est un préjudice minimal découlant de l'interception d'appels concernant des membres de la famille de M. Mahjoub qui, à l'occasion, transmettaient des renseignements en tant que représentants de ses avocats. À son avis, tout préjudice résultant de cette situation était [TRADUCTION] « contenu, voire neutralisé complètement » par l'embauche par M. Mahjoub d'un nouvel avocat en 2008, son adoption d'une nouvelle stratégie juridique et l'absence d'un avantage obtenu par les ministres : 2013 CF 1095, aux paragraphes 191 à 202.

[318] La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur de droit et n'a pas commis non plus d'erreur manifeste et dominante en parvenant à ces conclusions fondées sur des faits. Je réitère qu'il n'existe aucun élément de preuve devant la Cour fédérale qui laisse entendre que les renseignements interceptés ont été utilisés, directement ou indirectement.

[319] M. Mahjoub soutient aussi que la Cour fédérale a commis une erreur en appliquant l'arrêt *Atwal*, précité, à certaines interceptions au cours de la période précédant son arrestation. Cette allégation est rejetée parce qu'il n'y a eu aucune interception de communications entre l'avocat et son client au cours de cette période.

(ii) Interceptions en vertu d'une ordonnance de mise en liberté de la Cour fédérale

[320] M. Mahjoub a été détenu après son arrestation jusqu'en juin 2007. La Cour fédérale a délivré une ordonnance qui exposait les modalités de la mise en liberté : ordonnance du 5 avril 2011 dans le dossier DES-7-08.

[321] One of these terms allowed for the interception of Mr. Mahjoub's telephone communications. Roughly 18 months later a clarification was made: order dated December 19, 2008 in file DES-7-08. Under that clarification, "the analyst, upon identifying the communication as one between solicitor and client, shall cease monitoring the communication and shall delete the interception".

[322] Between the date of the release order and the clarification order, the Canadian Security Intelligence Service believed that it could listen to all calls, including calls containing solicitor and client communications, to determine whether there was information that constituted a breach of conditions or a threat. The Federal Court found that the analysts "honestly believed" that they could do this. However, in compliance with the policy described above, all copies of the solicitor-client communications were destroyed as soon as possible. See 2013 FC 1095, at paragraphs 204–216.

[323] While the clarification order was in place, certain communications containing solicitor-client discussions were inadvertently forwarded to the Canada Border Services Agency. But the Federal Court found as a fact that no one listened to the communications beyond the extent permitted by the clarification order: 2013 FC 1095, at paragraphs 224–226. As for calls properly forwarded to the Canada Border Services Agency, the Federal Court found that analysts would listen to calls forwarded by the Security Service only long enough to establish they were solicitor-client communications and then would promptly disengage and lock the communications in a safe.

[324] As a result of policies in place, no one other than a few personnel within the Security Service and the Canada Border Services Agency accessed the communications. The Federal Court found that the policies contained sufficient safeguards and were followed

[321] L'une des modalités permettait l'interception des communications téléphoniques de M. Mahjoub. Quelque 18 mois plus tard, une clarification a été apportée : ordonnance du 19 décembre 2008 dans le dossier DES-7-08. En vertu de cette clarification, [TRADUCTION] « l'analyste, dès qu'il se rend compte qu'il s'agit effectivement d'une communication avocat-client, cesse de surveiller la communication, et supprime l'interception ».

[322] Entre la date de l'ordonnance de mise en liberté et l'ordonnance de clarification, le Service canadien de renseignement de sécurité croyait qu'il pouvait écouter tous les appels, y compris ceux comportant des communications entre l'avocat et son client, afin de déterminer s'il y avait des renseignements qui constituaient un manquement aux conditions ou une menace. La Cour fédérale a conclu que les analystes « croyaient honnêtement » qu'ils pouvaient le faire. Cependant, conformément à la politique décrite plus haut, toutes les copies des communications entre l'avocat et son client ont été détruites le plus tôt possible. Voir 2013 CF 1095, aux paragraphes 204 à 216.

[323] Pendant que l'ordonnance de clarification était en vigueur, certaines communications comportant des discussions entre l'avocat et son client ont par inadvertance été transmises à l'Agence des services frontaliers du Canada. Cependant, la Cour fédérale a conclu que, dans les faits, personne n'a écouté les communications au-delà de ce que permettait l'ordonnance de clarification : 2013 CF 1095, aux paragraphes 224 à 226. Pour ce qui est des appels acheminés de façon régulière à l'Agence des services frontaliers du Canada, la Cour fédérale a conclu que les analystes écoutaient les appels transmis par le Service de sécurité seulement le temps nécessaire pour établir qu'il s'agissait de communications entre l'avocat et son client, puis se retiraient rapidement de l'écoute et mettaient les communications dans un coffre-fort.

[324] En raison des politiques mises en place, personne d'autre que quelques membres du personnel du Service de sécurité et de l'Agence des services frontaliers du Canada ont eu accès aux communications. La Cour fédérale a conclu que les politiques comportaient

throughout. Thus, in the view of the Federal Court, the presumption of prejudice from the interception of solicitor-client calls was rebutted and there was no prejudice to Mr. Mahjoub's fair trial rights: 2013 FC 1095, at paragraphs 217–220.

[325] The Federal Court added that there was no “specific evidence” that Mr. Mahjoub had discussed any solicitor-client information with his counsel or counsel's staff in the period between the release order and the clarification order: 2013 FC 1095, at paragraph 208. Had the Federal Court so found, its analysis concerning the adherence to policies by the Security Service and the Canada Border Services Agency would have sufficed to eliminate any prejudice.

[326] Overall, given these facts, the Federal Court did not find that this was the “clearest of cases” warranting a stay.

[327] On all these matters, the Federal Court did not commit palpable and overriding error or an error in law or of extricable principle.

(iii) The allegation of bias against the Federal Court arising from the breach of solicitor-client privilege

[328] In the Federal Court, Mr. Mahjoub submitted that the Canadian Security Intelligence Service's breach of solicitor-client privilege acting under warrants issued by the Federal Court called into question the appearance of impartiality of the Court. The Court was said to have been tainted as a result of its “failure to adequately protect potential privileged solicitor client communications in the authorized interception by failing to apply proper safeguards required by law” which “breached the impartiality or appearance of impartiality and created the impression of the court giving the other side an advantage in hearing strategy and information”: Mr. Mahjoub's memorandum of fact and law, at paragraph 60. Further, the impression was created that “if [the Canadian Security Intelligence Service] continued its proceedings,

des mesures de protection suffisantes et étaient suivies à la lettre. Ainsi, selon la Cour fédérale, la présomption de préjudice découlant de l'interception des conversations entre l'avocat et son client a été réfutée et le droit de M. Mahjoub à un procès juste et équitable n'a pas été enfreint : 2013 CF 1095, aux paragraphes 217 à 220.

[325] La Cour fédérale a ajouté qu'il n'y avait aucun [TRADUCTION] « élément de preuve précis » indiquant que M. Mahjoub avait discuté avec son avocat ou le personnel de son avocat de renseignements protégés par le secret professionnel au cours de la période entre l'ordonnance de mise en liberté et l'ordonnance de clarification : 2013 CF 1095, au paragraphe 208. Si la Cour fédérale était parvenue à une telle conclusion, son analyse concernant le respect des politiques par le Service de sécurité et l'Agence des services frontaliers du Canada aurait suffi à éliminer tout préjudice.

[326] Dans l'ensemble, compte tenu de ces faits, la Cour fédérale n'a pas conclu qu'il s'agissait des « cas les plus manifestes » justifiant un arrêt des procédures.

[327] À l'égard de toutes ces affaires, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante ou d'erreur de droit ou de règle de droit isolable.

(iii) L'allégation de partialité contre la Cour fédérale découlant de la violation du privilège des communications entre avocat et client

[328] Devant la Cour fédérale, M. Mahjoub a soutenu que la violation du privilège des communications entre avocat et client par le Service canadien du renseignement de sécurité agissant en vertu de mandats délivrés par la Cour fédérale remettait en question l'apparence d'impartialité de la Cour. La Cour aurait été influencée en raison de son [TRADUCTION] « incapacité de protéger de façon adéquate d'éventuelles communications protégées par le secret professionnel qui lie un avocat et son client dans le cadre de l'interception autorisée en omettant de mettre en place des mesures de protection appropriées exigées par la loi » qui [TRADUCTION] « ont constitué un manquement à l'impartialité ou une apparence d'impartialité et donné l'impression que le tribunal donnait à l'autre partie un avantage en écoutant la

it was for reasons derived from the solicitor client interceptions that the court knew was happening, which was a further disadvantage”: *ibid.*

[329] The Federal Court rejected this submission: 2013 FC 1092, at paragraph 481.

[330] There is no reviewable error here. The standard is the assessment of the informed, reasonable person viewing the matter realistically and practically: *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, (1976), 68 D.L.R. (3d) 716. Against that standard, the mere fact that a court has issued a warrant to allow security agencies or law enforcement to do certain things does not implicate that court in the conduct of persons acting under that warrant and, thus, render it biased and disqualified from proceeding further.

[331] This point is so devoid of merit that the words of this Court in *Es-Sayyid v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FCA 59, [2013] 4 F.C.R. 3, at paragraph 50 need to be repeated:

... [T]he Supreme Court has said that alleging bias is “a serious step that should not be undertaken lightly”: [*R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, 151 D.L.R. (4th) 193]. Given the harm caused to the administration of justice when unsubstantiated allegations are made, and given the serious shortcomings of the opinion tendered in this case, we cannot help but express our deep disappointment.

(h) The overall delay

[332] In the Federal Court, Mr. Mahjoub submitted that delays in the security certificate proceedings violated his rights under section 7 and paragraph 11(b) of

stratégie et les renseignements » : mémoire des faits et du droit de M. Mahjoub, au paragraphe 60. En outre, l’impression a été créée voulant que [TRADUCTION] « si [le Service canadien du renseignement de sécurité] poursuivait sa procédure, c’était pour des raisons découlant des interceptions des communications entre l’avocat et son client dont le tribunal était au courant, ce qui constituait un autre désavantage » : *ibid.*

[329] La Cour fédérale a rejeté cette prétention : 2013 CF 1092, au paragraphe 481.

[330] Il n’existe pas d’erreur susceptible de révision en l’espèce. La norme est celle de l’évaluation du point de vue d’une personne bien renseignée et raisonnable qui étudierait la question de façon réaliste et pratique : arrêt *Committee for Justice and Liberty et al. c. Office national de l’énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369. Par rapport à cette norme, le simple fait qu’un tribunal ait délivré un mandat pour permettre aux organismes de sécurité ou d’exécution de la loi de faire certaines choses ne signifie pas que ce tribunal est responsable de la conduite de personnes agissant en vertu de ce mandat et, par conséquent, ne le rend pas partial et inhabile à poursuivre l’instance.

[331] Ce point est tellement sans fondement que les propos prononcés par notre Cour dans l’arrêt *Es-Sayyid c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CAF 59, [2013] 4 R.C.F. 3, au paragraphe 50, doivent être répétés :

[...] [L]a Cour suprême a déclaré que formuler une allégation de partialité était « une décision sérieuse qu’on ne doit pas prendre à la légère » [*R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484]. Compte tenu du préjudice causé à l’administration de la justice lorsque des allégations non fondées sont formulées et compte tenu des lacunes graves contenues dans l’opinion présentée en l’espèce, nous ne pouvons nous empêcher d’exprimer notre grande déception.

h) Le retard global

[332] Devant la Cour fédérale, M. Mahjoub a soutenu que les retards dans l’instance concernant le certificat de sécurité violaient ses droits garantis par l’article 7 et

the Charter and the obligation of the Court to proceed informally and expeditiously under paragraph 83(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

[333] The Federal Court considered this issue in great depth. It considered the leading jurisprudence of the Supreme Court on delay, including *Morin*, above, *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3 and *Blencoe*, above. It correctly identified and applied the principles in these cases. Its decision is also supported by other cases to similar effect. The Federal Court did not err in law or in extricable legal principle.

[334] In applying the law to the evidence before it, the Federal Court did not commit palpable and overriding error. It examined the period from the signing of the second security certificate in February 2008 and the end of the reasonableness hearing in January 2013. On the evidence, it found four periods of delay attributable to the ministers. The Federal Court found that any prejudice attributable to the Ministers was largely mitigated during the course of the proceedings. For example, the release of critical new disclosure coincided with the adjournment when Mr. Mahjoub changed counsel.

[335] In this Court, Mr. Mahjoub submits that “all the delays in this case were created or caused by the Ministers’ failure to meet their duty to disclose under section 7 of the Charter”: Mr. Mahjoub’s memorandum of fact and law, at paragraph 72. This bald statement ignores the evidence in the case, painstakingly reviewed and enumerated by the Federal Court in its 186 paragraph decision on this point, to say nothing of the fact that it ignores the standard of palpable and overriding error.

[336] Mr. Mahjoub also submits that in assessing delay, the Federal Court should have taken into account the ministers’ decision to proceed from 2000–2007 under the first certificate under an unconstitutional scheme and the inadequate disclosure during that time.

l’alinéa 11b) de la Charte et l’obligation de la Cour de procéder sans formalisme et selon la procédure expéditive aux termes de l’alinéa 83(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*.

[333] La Cour fédérale a examiné cette question en profondeur. Elle a examiné les arrêts de la Cour suprême faisant jurisprudence sur le retard, y compris l’arrêt *Morin*, précité, l’arrêt *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3 et l’arrêt *Blencoe*, précité. Elle a bien défini et appliqué les principes dans ces arrêts. Sa décision est également étayée par d’autres décisions similaires. La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur de droit ou touchant à la règle de droit isolable.

[334] En appliquant le droit aux éléments de preuve dont elle était saisie, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur manifeste et dominante. Elle a examiné la période à compter de la signature du deuxième certificat de sécurité en février 2008 et la fin de l’audience sur le caractère raisonnable en janvier 2013. Se fondant sur les éléments de preuve, elle a identifié quatre périodes de retard attribuables aux ministres. La Cour fédérale a conclu que tout préjudice attribuable aux ministres a été largement atténué au cours de l’instance. Par exemple, la publication de nouvelles communications importantes a coïncidé avec l’ajournement au cours duquel M. Mahjoub a changé d’avocat.

[335] Devant notre Cour, M. Mahjoub soutient que [TRADUCTION] « tous les retards en l’espèce ont été créés et causés par les ministres qui n’ont pas respecté leur obligation de communication en vertu de l’article 7 de la Charte » : mémoire des faits et du droit de M. Mahjoub, au paragraphe 72. Cette déclaration catégorique ne tient pas compte des éléments de preuve en l’espèce, examinés avec la plus grande minutie et énumérés par la Cour fédérale dans sa décision de 186 paragraphes sur ce sujet, sans oublier le fait qu’elle ne tient pas compte de la norme de l’erreur manifeste et dominante.

[336] M. Mahjoub soutient également que, dans son appréciation du retard, la Cour fédérale aurait dû tenir compte de la décision des ministres de commencer par la période de 2000 à 2007 en vertu du premier certificat délivré dans le cadre d’un régime inconstitutionnel



[337] The Federal Court rejected this argument on the basis that Mr. Mahjoub did not identify any specific delays that could have affected the proceedings: 2013 FC 1095, at paragraph 258. There is no palpable and overriding error in this finding. This being said, it is worth observing that much of the activity under the first certificate inured to the benefit of the proceedings under the second certificate and likely reduced the time necessary for the issuance and assessment of the second certificate.

[338] Overall, the Federal Court's rejection of Mr. Mahjoub's allegations of unreasonable delay is based on a correct understanding of law. The Federal Court did not commit palpable and overriding error in applying the law to these facts.

[339] In support of the Federal Court's finding that there are no legitimate grounds for complaint, much more can be said. This was an exceptionally large and very challenging matter, rare if not unique in Canadian legal history: the nature and volume of disclosure, the word-by-word level of care needed to manage it because of the need to protect national security while ensuring fairness to Mr. Mahjoub, the disruption caused by the replacement of counsel on both sides, the deluge of issues, arguments and evidence that rained down upon the Federal Court, the frequent relitigation of issues or litigation of issues again but in modified form, the tens of thousands of pages of legal submissions and evidence—sometimes difficult and mind-numbing in their detail—and the constantly evolving law in this new, relatively underdeveloped area. Looming throughout was the spectre of chaos and error. This, the Federal Court, to its credit, avoided. In the end, the Federal Court issued 53 orders, many supported by full reasons for order—to say nothing of the seven complex and intricate reasons for judgment under direct review here. All this supports the Federal Court's finding that there was no unreasonable delay.

et de la communication inadéquate au cours de cette période.

[337] La Cour fédérale a rejeté cet argument au titre du fait que M. Mahjoub n'a pas recensé un seul retard précis qui aurait pu avoir une incidence sur l'instance : 2013 CF 1095, au paragraphe 258. Il n'y a aucune erreur manifeste et dominante dans cette conclusion. Cela étant dit, il importe de signaler que la plus grande partie de l'activité en vertu du premier certificat a avantage l'instance en vertu du deuxième certificat et a probablement réduit le temps nécessaire à la délivrance et à l'évaluation du deuxième certificat.

[338] Dans l'ensemble, le rejet par la Cour fédérale des allégations de M. Mahjoub relativement aux retards déraisonnables est fondé sur une bonne interprétation du droit. La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en appliquant le droit à ces faits.

[339] Il reste beaucoup de choses à dire à l'appui de la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle il n'y a aucun motif légitime de plainte. Il s'agissait d'une affaire exceptionnellement imposante et très complexe, rare, voire unique, dans l'histoire judiciaire du Canada : la nature et le volume de la divulgation, le degré de diligence intégrale nécessaire pour la gérer en raison de la nécessité de protéger la sécurité nationale tout en veillant à ce que le devoir d'équité envers M. Mahjoub soit rempli, les perturbations causées par le remplacement des avocats, des deux côtés, le déluge de questions, d'arguments et d'éléments de preuve qui s'est abattu sur la Cour fédérale, la fréquente remise en cause de questions ou le réexamen de questions, mais sous une forme modifiée, les dizaines de milliers de pages d'arguments juridiques et d'éléments de preuve — parfois difficiles et hallucinants dans leur détail — et le droit qui ne cesse d'évoluer dans ce nouveau domaine, relativement inexploré. Il y avait toujours le spectre du chaos et de l'erreur. À son crédit, la Cour fédérale a tout évité cela. À la fin, la Cour fédérale a délivré 53 ordonnances, plusieurs d'entre elles étayées par des motifs détaillés de l'ordonnance — sans oublier les sept motifs complexes et délicats du jugement directement examinés en l'espèce. Tout cela étaye la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle il n'y a pas eu de retard déraisonnable.

- (i) The cumulative effect of the foregoing: whether a permanent stay of proceedings should have been granted

[340] Before the Federal Court, Mr. Mahjoub sought a stay of the security certificate proceedings against him based on the violations of his rights as outlined above and the overall alleged abuse of process. He submits that the Federal Court misdirected itself on the availability of a stay. Further, on these facts, the Federal Court should have stayed the security certificate proceedings.

[341] At the outset, Mr. Mahjoub submits that the Federal Court never considered whether an abuse of process should be granted because of the cumulative effect of instances of misconduct, errors and other incidents, including instances of wrongful acquisition and wrongful use of evidence, violations of solicitor-client privilege and violations of Charter rights: see Mr. Mahjoub's memorandum of fact and law, at paragraph 26. The Federal Court is said to have "ignored" cumulative effects.

[342] This submission is flatly wrong, so wrong it should never have been advanced. The Federal Court discusses this at paragraphs 494 and 506 to 510 of 2013 FC 1095. At paragraph 494 of 2013 FC 1095, the Federal Court referred to the "cumulative Charter rights violations and abuse of process". The heading just before paragraph 496 of 2013 FC 1095 is: "Are the remedies that have been afforded on an ongoing basis sufficient to address the cumulative prejudice?" The heading just before paragraph 506 of 2013 FC 1095 is: "Taking into account all of the Charter violations and abuses holistically and cumulatively, is this the clearest of cases in which no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice?" As well, the conclusion in paragraph 510 of 2013 FC 1095 specifically speaks of the "cumulative effect[s]".

- i) L'effet cumulatif de ce qui précède : savoir si un arrêt permanent des procédures devrait être accordé

[340] Devant la Cour fédérale, M. Mahjoub a demandé un arrêt de l'instance concernant le certificat de sécurité contre lui fondé sur les violations de ses droits tel qu'il est exposé ci-dessus et sur l'abus de procédure global allégué. Il soutient que la Cour fédérale s'est mal renseignée quant à la disponibilité d'un arrêt des procédures. En outre, s'appuyant sur ces faits, la Cour fédérale aurait dû suspendre l'instance concernant le certificat de sécurité.

[341] Dès le départ, M. Mahjoub soutient que la Cour fédérale n'a jamais examiné la question de savoir si un arrêt de l'instance pour abus de procédure devrait être accordé en raison de l'effet cumulatif des cas d'inconduite, des erreurs et d'autres incidents, notamment des cas d'obtention illicite et d'utilisation illicite d'éléments de preuve, des violations du privilège des communications entre avocat et client et des violations des droits garantis par la Charte : voir le mémoire des faits et du droit de M. Mahjoub, au paragraphe 26. La Cour fédérale n'aurait pas « tenu compte » des effets cumulatifs.

[342] Cet argument est totalement sans fondement, à tel point qu'il n'aurait jamais dû être mis de l'avant. La Cour fédérale aborde cette question aux paragraphes 494 et 506 à 510 de la référence 2013 CF 1095. Au paragraphe 494 de la référence 2013 CF 1095, la Cour fédérale a fait allusion au [TRADUCTION] « nombre cumulatif de violations des droits garantis par la Charte et d'abus de procédure ». La rubrique qui précède immédiatement le paragraphe 496 de la référence 2013 CF 1095 est : [TRADUCTION] « Est-ce que les réparations qui ont été accordées de façon continue suffisent à corriger le préjudice cumulatif »? La rubrique qui précède immédiatement le paragraphe 506 de la référence 2013 CF 1095 est : [TRADUCTION] « En tenant compte de toutes les violations de la Charte et de tous les abus globalement et cumulativement, s'agit-il du cas le plus manifeste à l'égard duquel aucune autre réparation n'est raisonnablement susceptible d'éliminer ce préjudice »? De plus, la conclusion au paragraphe 510 de la référence 2013 CF 1095 traite précisément des [TRADUCTION] « effet[s] cumulatif[s] ».

[343] The Federal Court properly instructed itself on the general principles governing the granting of a permanent stay for an abuse of process: see the analysis at paragraphs 204–222, above; see 2012 FC 669, at paragraphs 67–68, 76–79, 138–141 and 144 and 2013 FC 1095, at paragraphs 38–44 and 477–478.

[344] Mr. Mahjoub submits that the Federal Court improperly required the presence of *mala fides* before granting a permanent stay. He points to 2013 FC 1095, at paragraphs 479 and 486. I disagree. At paragraph 493, the Federal Court was discussing cases where *mala fides* was present but it was not suggesting that *mala fides* is a necessary precondition for a permanent stay. And at paragraph 500, the Federal Court observed that there was no evidence that the interception of solicitor-client communications was “committed in bad faith, negligently or with intent to secure litigation advantage”, but in no way was the Federal Court suggesting that *mala fides* is a necessary precondition for a stay. As was mentioned in the preceding paragraph, the Federal Court directed itself correctly on the law.

[345] The Federal Court found that the cumulative Charter rights violations and abuse of process it had identified earlier in its reasons did not approach the level of severity found in the “very rare” cases—cases of egregious and intentional misconduct—mentioned in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; 2013 FC 1095, at paragraphs 492–494. Thus, this was “not one of those rare cases described in the jurisprudence that calls for an immediate and permanent stay of proceedings without further consideration”: 2013 FC 1095, at paragraphs 43, 492 and 494.

[346] The Federal Court then considered the cumulative prejudice to the fairness of the proceedings. It found that this was not significant because the remedies it had awarded or other circumstances had

[343] La Cour fédérale s’est bien renseignée sur les principes généraux régissant l’octroi d’un arrêt permanent de l’instance pour abus de procédure : voir l’analyse aux paragraphes 204 à 222, ci-dessus; voir 2012 CF 669, aux paragraphes 67, 68, 76 à 79, 138 à 141 et 144, ainsi que la référence 2013 CF 1095, aux paragraphes 38 à 44, 477 et 478.

[344] M. Mahjoub soutient que la Cour fédérale a, à tort, exigé une preuve de mauvaise foi avant d’accorder un arrêt permanent des procédures. Il souligne la référence 2013 CF 1095, aux paragraphes 479 et 486. Je ne suis pas de cet avis. Au paragraphe 493, la Cour fédérale traitait d’affaires où la mauvaise foi était présente, mais elle ne laissait pas entendre que la mauvaise foi est une condition préalable nécessaire à un arrêt permanent des procédures. Au paragraphe 500, la Cour fédérale a fait observer qu’il n’existe aucune preuve selon laquelle l’interception des communications entre l’avocat et son client était [TRADUCTION] « faite de mauvaise foi, négligemment ou dans le but d’obtenir un avantage dans le contentieux », mais la Cour fédérale n’a nullement laissé entendre que la mauvaise foi est une condition préalable nécessaire à un arrêt des procédures. Comme on l’a mentionné au paragraphe précédent, la Cour fédérale s’est bien renseignée sur le droit.

[345] La Cour fédérale a conclu que le nombre cumulatif de violations des droits garantis par la Charte et des abus de procédure qu’elle avait relevés plus tôt dans ses motifs n’équivalait pas au niveau de la gravité conclue dans les [TRADUCTION] « très rares » affaires — affaires d’inconduite grave et intentionnelle — mentionnées dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391 : 2013 CF 1095, aux paragraphes 492 à 494. Ainsi, il ne s’agissait [TRADUCTION] « pas de l’une de ces rares affaires décrites dans la jurisprudence qui exige un arrêt immédiat et permanent de l’instance sans autre examen » : 2013 CF 1095, aux paragraphes 43, 492 et 494.

[346] La Cour fédérale a ensuite examiné le préjudice cumulatif causé au caractère équitable des procédures. Elle a conclu qu’il n’était pas important parce que les réparations qu’elle avait accordées ou d’autres

alleviated or mitigated any prejudice: 2013 FC 1095, at paragraphs 496–505.

[347] There was only one small exception to this, a period of a few months’ delay that would have affected Mr. Mahjoub’s liberty interest as a person in detention or subject to stringent conditions of release: 2013 FC 1095, at paragraph 505. Given the “complex case which required consideration of many novel issues”, the complexity added by the involvement of “public and closed evidence and proceedings”, a “multitude of counsel”, “exhaustive constitutional and procedural challenges”, “ongoing disclosure obligations”, and “periodic detention reviews”, the overall prejudice must be seen as “relatively minor”: 2013 FC 1095, at paragraph 506.

[348] Although the overall prejudice was “relatively minor”, the Federal Court decided to weigh the public interest in a decision on the merits against the public interest in granting a stay: 2013 FC 1095, at paragraph 507.

[349] In conducting this weighing, the Federal Court (at paragraph 508 of 2013 FC 1095) cited this Court’s observations in *Yamani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 482, 314 N.R. 347, at paragraphs 38 and 39:

... Terrorist organizations by their nature are unpredictable .... an allegation that someone is a former member of a terrorist organization therefore is a very serious one. Therefore, the gravity of the allegations argues in favour of continuing the proceedings.

... I acknowledge that some of the issues raised by the appellant could, in some circumstances, support an abuse of process argument. However, in the context of proceedings concerning an allegation there are reasonable grounds to believe that the appellant is or was a member of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in terrorism, there

circonstances avaient atténué ou réduit tout préjudice : 2013 CF 1095, aux paragraphes 496 à 505.

[347] Il y avait une seule petite exception, une période d’un retard de quelques mois qui aurait eu une incidence sur la liberté de M. Mahjoub en tant que personne détenue ou assujettie à des conditions de mise en liberté rigoureuses : 2013 CF 1095, au paragraphe 505. Étant donné qu’il s’agissait d’une [TRADUCTION] « affaire complexe qui exigeait l’examen de nombreuses questions nouvelles », la complexité ajoutée par la présence [TRADUCTION] « d’éléments de preuve et de procédures en audiences publiques et à huis clos », d’une [TRADUCTION] « multitude d’avocats », [TRADUCTION] « de contestations constitutionnelles et procédurales exhaustives », [TRADUCTION] « d’obligations permanentes de divulgation » et [TRADUCTION] « d’examen périodiques de la détention », le préjudice global doit être considéré comme [TRADUCTION] « relativement mineur » : 2013 CF 1095, au paragraphe 506.

[348] Même si le préjudice global était [TRADUCTION] « relativement mineur », la Cour fédérale a décidé de mettre en balance l’intérêt du public dans une décision sur le fond par rapport à l’intérêt du public dans l’octroi d’un arrêt des procédures : 2013 CF 1095, au paragraphe 507.

[349] En procédant à cette pondération, la Cour fédérale (au paragraphe 508 de la référence 2013 CF 1095) a cité les observations de la Cour dans l’arrêt *Yamani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CAF 482, aux paragraphes 38 et 39 :

[...] Les organisations terroristes sont par leur nature imprévisibles [...] l’allégation selon laquelle une personne est un ancien membre d’une organisation terroriste est donc fort sérieuse. Par conséquent, la gravité des allégations milite en faveur de la continuation des procédures.

[...] Je reconnais que certaines des questions soulevées par l’appellant pourraient, dans certains cas, étayer un argument fondé sur l’abus de procédure. Toutefois, dans le contexte de procédures concernant l’allégation selon laquelle il y a des motifs raisonnables de croire que l’appellant est ou a été membre d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle se livre ou s’est livrée

is a compelling societal interest in obtaining a decision on the merits.

[350] Then the Federal Court turned to the case before it (2013 FC 1095, at paragraphs 509 and 510):

The gravity of the allegations against Mr. Mahjoub, that he was a leading member of terrorist organizations and a danger to the security of Canada, weighs in favour of a determination of the reasonableness of the security certificate on the merits of the case. On the other hand, the above-discussed Charter violations and abuses of the Court's process by the Ministers have resulted in potential unfairness to Mr. Mahjoub.

Balancing these two factors, I conclude that the importance of the adjudication on the merits of these grave allegations that impact on the security of all Canadian outweighs the procedural injustices to Mr. Mahjoub and their cumulative effect caused by the Ministers. This is far from the clearest of cases where justice demands a stay.

[351] For these reasons, applying the correct law to the facts before it, the Federal Court exercised its discretion against staying the security certificate proceedings permanently.

[352] On all of this, Mr. Mahjoub has failed to demonstrate any error of law or any palpable and overriding error. Far from it: on this factual record, I would have made the same decision the Federal Court did. Indeed, given the Supreme Court's jurisprudence concerning when a permanent stay of proceedings should be granted, it does not seem to be available at all on this evidentiary record.

#### E. Conclusion

[353] The legislative regime concerning security certificates, including the procedures for assessing the reasonableness of a security certificate, is constitutional. It manifests a commitment to fundamental fairness—a commitment worthy of a free and democratic society—to the person named in the certificate, here,

à des actes de terrorisme, il existe pour la société un intérêt irrésistible à ce que soit rendu un jugement au fond.

[350] La Cour fédérale a alors examiné l'affaire dont elle était saisie (2013 CF 1095, aux paragraphes 509 et 510) :

[TRADUCTION] La gravité des allégations contre M. Mahjoub, selon lesquelles il était un membre dirigeant d'organisations terroristes et présentait un danger pour la sécurité du Canada favorise une détermination du caractère raisonnable du certificat de sécurité sur le fond de l'es-pèce. Par ailleurs, les violations de la Charte et les abus de procédure par les ministres dont il est question plus haut ont entraîné une éventuelle iniquité pour M. Mahjoub.

Mettant en balance ces deux facteurs, je conclus que l'importance que la décision sur le fond de ces graves allégations qui ont une incidence sur la sécurité de tous les Canadiens l'emporte sur les injustices de nature procédurale pour M. Mahjoub et leur effet cumulatif causé par les ministres. Nous sommes loin des cas les plus manifestes à l'égard desquels la justice exige un arrêt des procédures.

[351] Pour ces raisons, en appliquant correctement le droit aux faits dont elle était saisie, la Cour fédérale a exercé son pouvoir discrétionnaire contre l'arrêt permanent de l'instance concernant le certificat de sécurité.

[352] À tous ces égards, M. Mahjoub n'a pas réussi à établir une erreur de droit ou une erreur manifeste et dominante. Loin de là : me fondant sur le présent dossier fondé sur les faits, j'aurais pris la même décision que la Cour fédérale. En effet, compte tenu des arrêts de la Cour suprême faisant jurisprudence quant au moment où un arrêt permanent des procédures devrait être accordé, il ne semble pas être disponible du tout d'après la preuve au présent dossier.

#### E. Conclusion

[353] Le régime législatif concernant les certificats de sécurité, y compris les instances pour évaluer le caractère raisonnable d'un certificat de sécurité, est constitutionnel. Il exprime un engagement vis-à-vis de l'équité fondamentale — un engagement digne d'une société libre et démocratique — pour la personne visée par le certificat,

Mr. Mahjoub. Viewed alongside other fairness features, such as state-funded counsel for Mr. Mahjoub throughout, these particular security certificate proceedings can only be seen as fundamentally fair in their execution. True, occasionally mistakes and faults happened and often remedies were needed to redress them. But individually or collectively, there is no factual and legal basis upon which the Federal Court could have permanently stayed these proceedings. They properly ran their course to a final decision on the merits.

[354] In its final decision on the merits (2013 FC 1092), the Federal Court found that there are reasonable grounds to believe that Mr. Mahjoub is inadmissible to Canada on two grounds: by being a danger to the security of Canada (paragraph 34(1)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*) and by being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in espionage, subversion by force of a government or terrorism (paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*). In finding this, the Federal Court committed no reviewable error.

[355] As a result, under section 80 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, the security certificate continues to be “conclusive proof” that Mr. Mahjoub is inadmissible to Canada and, in the words of section 80, continues to be “a removal order that is in force without it being necessary to hold or continue an examination or admissibility hearing.”

#### F. Disposition

[356] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeals. In file A-478-14, I would answer the question the Federal Court certified for this Court’s consideration as follows:

en l’occurrence, M. Mahjoub. Examinée en même temps que d’autres caractéristiques liées à l’équité, notamment la représentation de M. Mahjoub par des avocats qui ont été payés par l’État tout au long des instances, la présente instance concernant le certificat de sécurité peut être perçue comme fondamentalement juste dans son exécution. Il est vrai qu’à l’occasion des erreurs se sont produites et qu’il a fallu souvent des réparations pour les corriger. Par contre, individuellement ou collectivement, il n’existe aucun fondement factuel et juridique qui aurait permis à la Cour fédérale de prononcer un arrêt permanent de l’instance. Elle a suivi son cours jusqu’à la décision finale statuant sur le fond.

[354] Dans sa décision définitive statuant sur le fond (2013 CF 1092), la Cour fédérale a conclu qu’il y avait des motifs raisonnables de croire que M. Mahjoub est interdit de territoire au Canada pour deux motifs : en représentant un danger pour la sécurité du Canada (alinéa 34(1)d) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*) et en étant membre d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle est, a été ou sera l’auteur d’un acte d’espionnage, d’actes visant au renversement d’un gouvernement par la force ou d’actes visant à se livrer au terrorisme (alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*). En parvenant à cette conclusion, la Cour fédérale n’a commis aucune erreur susceptible de révision.

[355] En conséquence, aux termes de l’article 80 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, le certificat de sécurité continue d’être une « preuve concluante » que M. Mahjoub est interdit de territoire au Canada et, selon le libellé de l’article 80, continue d’être « une mesure de renvoi en vigueur, sans qu’il soit nécessaire de procéder au contrôle ou à l’enquête ».

#### F. Décision

[356] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de rejeter les appels. Dans le dossier A-478-14, je réponds ainsi à la question que la Cour fédérale a certifiée pour l’examen par notre Cour :

Question: Do Part 1, Division 4, Sections 33 and 34, and Part 1, Division 9 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, as well as sections 4, 6 and 7(3) of *An Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act* breach section 7 of the Charter by denying the named person [here, Mr. Mahjoub] the right to a fair hearing? If so, are the provisions justified under section 1?

Answer: Section 7 of the Charter is not infringed. It is not necessary to answer the question regarding section 1 of the Charter.

BOIVIN J.A.: I agree.

WOODS J.A.: I agree.

Question : Les articles 33 et 34 de la partie 1, section 4 et la partie 1, section 9 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ainsi que les articles 4 et 6 et le paragraphe 7(3) de la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence* contreviennent-ils à l'article 7 de la Charte en refusant à la personne visée [en l'occurrence M. Mahjoub] le droit à une audience équitable? Le cas échéant, les dispositions sont-elles justifiées au regard de l'article premier?

Réponse : Il n'y a pas de violation de l'article 7 de la Charte. Il n'est pas nécessaire de répondre à la question relative à l'article premier de la Charte.

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

LA JUGE WOODS, 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 from Federal Court (F.C.) decision (2016 FC 595) dismissing judicial review of respondent Minister of Indian Affairs and Northern Development's (Minister) decision to consent to assignment of easement indenture — Respondent Kinder Morgan operating pipeline traversing appellant's reserve — Appellant, other bands receiving compensation for pipeline right-of-way — Governor in Council authorizing granting of right-of-way easement in 1953 by way of Order in Council — Minister granting right-of-way through affected reserves by way of indenture in 1955 — Kinder Morgan applying to National Energy Board for certificate of public convenience, necessity to enlarge pipeline — Appellants expressing desire that Minister take opportunity afforded by request for consent to assignment to modernize terms of indenture — Minister inviting all affected bands to indenture modernization process — Appellants believing that Minister refusing to include their provisions in indenture, withdrawing from process — "Modification template" later completed, containing new terms — Use, implementation of modification template separate issue from Minister's decision regarding request for consent to assignment of easement indentures — Appellants, Kinder Morgan negotiating Protocol and Capacity Agreement to establish process for addressing legacy, operational issues, to set out engagement process for proposed expansion of pipeline — Minister consenting to assignment by way of assignment consent agreement — Issue before F.C. scope, proper discharge of Minister's fiduciary duty to appellants when deciding whether to consent to assignment of easement indenture — F.C. applying two-step process from *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, 2001 SCC 85, [2001] 3 S.C.R. 746, i.e. (1) whether in public interest that taking or use of reserve lands, interest in reserve lands contemplated under Act, s. 35 be authorized; (2) if yes, Crown having to ensure that taking or use minimally impairing band's right to use, enjoy its reserve lands — F.C. finding that Minister meeting test, not required to reopen indenture — Main issues content of fiduciary duty owed by Minister when considering whether to consent to assignment; whether Minister reasonably discharging fiduciary obligation — *Per Dawson J.A. (Rennie J.A. concurring)*: F.C. erring in concluding that Minister's decision reasonable — Minister required to consider appellants' current, ongoing best interest — Having to act as person of ordinary prudence managing own affairs while not defeating public interest in pipeline's continued operation — Having to minimally impair band's right to use, enjoy its lands — Extent of impairment must be assessed with regard to the current and ongoing impact of the continuation of the original terms of the easement on Coldwater's right to use and enjoy its reserve lands — Minister herein not considering appellants' concerns about compensation, terms of indenture agreement when deciding to consent to assignment — Confining consideration to corporate capacity of assignee to carry out terms of original easement indenture — Minister's obligation to look to best interest of appellants, see that use, enjoyment of land minimally impaired requiring consideration of factors beyond corporate capacity of proposed assignee — As a result of indenture modernization process, Minister knowing that terms of indenture no longer responsive to current concerns — Minister not considering whether protection available to appellants under modernized template adequate — Minister's decision set aside, returned for redetermination — Appeal allowed — *Per Webb J.A. (dissenting)*: — Important to focus on particular impact that refusing consent or granting consent in this case having on right of appellants to use, enjoy their lands — Only question for Minister whether rights of one corporate member in easement should be assigned to another corporation in same corporate group — No basis to conclude that easement would cease to exist if Minister refusing to consent to assignment — As a result, regardless of whether Minister consenting to requested assignment of interest of one company to another company within Kinder Morgan group of companies, easement

**ABORIGINAL PEOPLES—Concluded**

remaining in place — Use of land in question not changing; appellants right to use, enjoy land same whether consent granted or refused — Minister’s decision approving assignment of easement reasonable.

COLD WATER INDIAN BAND V. CANADA (INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (A-214-16, 2017 FCA 199, DAWSON AND WEBB J.J.A., JUDGMENT DATED SEPTEMBER 26, 2017, 37 PP.)

**ACCESS TO INFORMATION**

Consolidated appeals from Federal Court (F.C.) order (2016 FC 776) dismissing appellant’s motion to set aside Prothonotary’s April 4, 2016 order granting Information Commissioner leave to be added as respondent pursuant to *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 42(1)(c) — Application relating to decision by respondent Minister of Health (Minister) to disclose records appellant had previously submitted when seeking approval for a pharmaceutical product — Whether F.C. erring in refusing to interfere with Prothonotary’s order — F.C. did not err in refusing to interfere with Prothonotary’s order — While Commissioner not demonstrating it was a necessary party to appellant’s application for judicial review as per *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 104, F.C. not bound to strictly apply r. 104 to Commissioner’s request — Parliament’s intention in Act, s. 42(1)(c) to have agent of Parliament appear in judicial proceedings as party, with leave of Court, must be given effect — When exercising its discretion to grant leave under s. 42(1)(c), Court should be satisfied that Commissioner would be of assistance thereto in judicial review proceeding — Such a test furthering Commissioner’s participation, in accordance with Parliamentary intent, while still recognizing that s. 42(1)(c) not giving Commissioner party status as of right — Test to be applied on a case-by-case basis — Sufficient basis herein on which F.C. could have concluded that Prothonotary did not commit a reviewable error in granting Commissioner’s motion — Appeal dismissed.

APOTEX INC. V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (A-259-16, A-260-16, A-261-16, 2017 FCA 160, NEAR J.A., JUDGMENT DATED JULY 20, 2017, 10 PP.)

**ENERGY**

Appeal from National Energy Board (Board) decision concluding that appellant not establishing *prima facie* case that proposed pipeline federal work or undertaking within *Constitution Act, 1867*, s. 92(10)(a), that Board consequently having no jurisdiction — Respondent TransCanada Pipeline Limited proposing to move gas to export facility on Pacific coast of British Columbia by extending existing NOVA Gas Transmission Ltd. (NGTL) pipeline with North Montney Mainline (NM Line) — Gas from NM Line would then enter Prince Rupert Gas Transmission line (PRGT) and continue to export facility — Not disputed that NM, NGTL lines subject to federal regulation — Board identifying number of factors pointing toward federal jurisdiction, including physical connection between two federally regulated undertakings; PRGT, NM lines governed by same operational control centre; PRGT not built without NM line extension — Board not finding these factors to “be sufficient” to establish *prima facie* case — Concluding that PRGT “local” in nature, functionally different than NGTL — Whether Board reaching correct conclusion with respect to substantive constitutional question; whether pipeline proposal work or undertaking within scope of Constitution Act, s. 92(10)(a) — Board erring in its understanding, application of *prima facie* test — Engaging in an evaluation of substance of evidence as it would in full jurisdictional hearing, giving rise to an error of law — Not asking whether arguable case made out, but answering underlying question — Not part of Board’s task, at this stage, to parse fine points of s. 92(10)(a) case law — Three errors permeating Board’s constitutional analysis: Board not considering nature of undertaking or project as a whole; confusing commercial, billing arrangements with undertaking; failing to identify, consider considerable body of highly pertinent evidence on legal criteria of “common direction and control” in s. 92(10)(a) analysis — Question whether PRGT, NGTL lines “functionally different” not the correct test — Test whether parts of undertaking functionally integrated, if so, how they work together, for what purpose — Board not directing its mind to nature of the enterprise or undertaking in issue — This sufficient to dispose of appeal — Board erring in relying on business model of PRGT — Tangential factor cannot “overcome” *prima facie* case that has otherwise been made out — Corporate structure not determinative of question of whether enterprise a federal work or undertaking — Proper frame of analysis whether PRGT, NGTL subject to common management, control, direction of TransCanada — Appeal allowed.

SAWYER V. TRANSCANADA PIPELINE LIMITED (A-115-16, 2017 FCA 159, RENNIE J.A., JUDGMENT DATED JULY 19, 2017, 25 PP.)

## HUMAN RIGHTS

Judicial review of Canadian Human Rights Commission decision dismissing applicant's complaint alleging that respondent discriminating against him, family — Applicant's house occupied by son, daughter-in-law — Applicant meeting with respondent's officer to discuss line of credit increase to complete renovations to house — Applicant's son obtaining permission by Health Canada to grow marijuana for medicinal purposes — Intending to use renovated space to accommodate plants — Appraiser informing respondent of family's intent to grow marijuana — Respondent denying applicant increase to line of credit, demanding full repayment of mortgage — Stating that applicant breaching terms, conditions of mortgage agreement — Applicant stating in complaint to Commission that son, daughter-in-law prescribed marijuana for treatment of their disabilities — Commission deciding not to deal with complaint pursuant human rights investigator's recommendation, *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (Act), s. 41(1)(c) because respondent's decision to call in mortgage not based on prohibited ground of discrimination — Main issue whether Commission breaching its duty of procedural fairness by failing to conduct neutral, thorough investigation — Essential question to address with respect to Commission's investigation whether investigator overlooking or failing to investigate "obviously crucial evidence" — Commission's decision unreasonable, procedurally unfair — Investigator not meeting obviously crucial test — Should have fully investigated respondent's policy on "grow-ops" in determining whether it had reasonable explanation for calling in mortgage — Failure to assess, review this policy undermining thoroughness of investigation, fairness of process — Commission's decision to accept investigator's recommendation unreasonable — Commission required to determine whether reasonable basis in evidence for proceeding to inquiry before Tribunal — Commission's analysis essentially ignoring evidence — Emails showing respondent considering fact that applicant's son intending to use property as grow-op when deciding to refuse increase to line of credit, call in mortgage — Despite this evidence, investigator's report finding that evidence gathered not indicating that respondent calling in complainant's mortgage based on son's disability, particular form of treatment for that disability — Son's intention to build bigger, better grow-op possible factor in respondent's decision — Case herein not one in which uncontested evidence on record is so conclusive that there is only one possible conclusion — Applicant's request that matter be sent back to Commission for re-determination, with direction that Commission refer applicant's complaint to inquiry before Tribunal, not appropriate in circumstances herein — Commission's authority under Act, s. 44(3) to refer complaint to Tribunal or to dismiss it purely discretionary — Not Court's function to make that decision for Commission — Commission's decision set aside, matter returned to Commission for redetermination, further investigation — Application allowed.

McILVENNA V. BANK OF NOVA SCOTIA (SCOTIABANK) (T-1176-16, 2017 FC 699, BOSWELL J., JUDGMENT DATED JULY 19, 2017, 33 PP.)

## INCOME TAX

### PENALTIES AND INTEREST

Appeal from Federal Court (F.C.) decision (2016 FC 604) dismissing appellant's application for judicial review of decision by respondent Minister of National Revenue denying him interest on amount refunded to him — Appellant reassessed under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 — Respondent obtaining order on *ex parte* basis under Act, s. 225.2 (jeopardy order) to take collection action forthwith — Following issuance of jeopardy order, appellant withdrawing \$15 million from registered retirement savings plan, forwarding balance of \$12.75 million to Receiver General on account of tax liability — By consent order F.C. setting aside, vacating jeopardy order — Appellant later requesting that the \$12.75 million be refunded to him with interest pursuant to Act, s. 164(1.1) — Funds repaid to appellant without interest — F.C. finding that respondent's decision reasonable based on its view that Parliament's intention "to treat voluntary payments more generously than involuntary ones" — Issue whether s. 164(1.1) applying — Words "where no authorization has been granted under subsection 225.2(2) in respect of the amount assessed" in s. 164(1.1) having 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" — How are these words to be read or applied when subsequent F.C. order setting aside jeopardy order? — Setting aside of jeopardy order in this case meaning that s. 164(1.1) should be read as if order never issued — Consequently, no authorization granted under s. 225.2(2) in respect of amount assessed for purposes thereof — Since appellant appealing reassessments to Tax Court of Canada (T.C.C.), applying in writing for refund, other conditions of s. 225.2(2) satisfied, interest payable under Act, s. 164(3) — This interpretation consistent with context, purpose of Act — Respondent's interpretation that no interest payable to appellant incorrect, unreasonable — However, request for order of *mandamus* requiring respondent to pay interest premature — Respondent should first be given opportunity to pay interest based on declaration that interest payable — Appeal allowed.

GRENON V. CANADA (NATIONAL REVENUE) (A-239-16, 2017 FCA 167, WEBB J.A., JUDGMENT DATED AUGUST 9, 2017, 14 PP.)

**PRACTICE****PROTECTIVE ORDERS**

Motion seeking issuance of protective order — Parties negotiating between themselves exact terms, content of proposed order — Detailing therein how designated documents marked as confidential, exchanged, disclosed — Proposed order not confidentiality order as contemplated in *Federal Courts Rules*, SOR-98/106, rr. 151, 152 — Parties not making formal motion or explaining why Court should issue order as proposed — Arguing, *inter alia*, that provisions merely private contractual agreement between them unless incorporated in Court order — Provisions of proposed order including restriction to number of people to who designated information may be disclosed, obligation to give prior notice of intention to file that designated information — Issue whether necessary for Court to issue protective orders drafted, agreed to by parties where no genuine dispute present as to their scope, no special circumstances justifying Court's involvement — No merit to parties' arguments — Court obliging such requests in the past but not without inconvenience to itself, cost to public purse — Not blindly rubber-stamping protective orders — Judicial, registry staff time required to vet, process proposed confidentiality orders — Common law doctrine of implied undertaking rule recognized, entrenched in Court's practice — Rule premised on necessity to preserve litigants' privacy rights in face of compulsory discovery, balancing parties' privacy rights against promotion of full discovery — Implied undertaking rule arising, operating to bind parties, counsel, third parties — Separate agreement not needed — Undertakings strictly related to procedural aspects of litigation, aiming to assist in regulating Court's process, are of the same kind as the implied undertaking rule — They do not need to be expressly acknowledged by the Court in order to be amenable to enforcement — Alternatively, such protective orders expanding on implied undertaking rule ought not be issued on demand — Parties' concerns that Federal Court lacking jurisdiction to regulate or provide relief in case of breach of parties' private confidentiality undertakings unless enshrined in a prior order unfounded — Court having required jurisdiction to acknowledge parties' prior undertakings, make remedial orders to ensure future compliance — No useful purpose to be served in incorporating in order parties' self-imposed limits on number of persons allowed access to designated discovery information — Not necessary to incorporate in Court order provision requiring advance notice of intention to file designated information for it to be effective — Motion dismissed.

LIVE FACE ON WEB, LLC V. SOLDAN FENCE AND METAL (2009) LTD.) (T-2064-16, 2017 FC 858, TABIB P., ORDER DATED SEPTEMBER 25, 2017, 18 PP.)

**PUBLIC SERVICE**

Judicial review of Public Service Labour Relations and Employment Board (Board) decision (2016 PSLREB 71) allowing respondents' grievances, finding that employer had discriminated against them in application of its National Attendance Management Policy (NAMP) by including in calculations required under NAMP absences due to disability or for which family-related leave had been granted under applicable collective agreement — Respondents were employees of Correctional Service Canada (CSC) that held various positions in Program and Administrative Services bargaining unit represented by Public Service Alliance of Canada — Applicable collective agreement providing sick leave, leave with pay for family-related responsibilities, containing anti-discrimination provision — CSC launching NAMP due to concerns about excessive employee absenteeism — NAMP intended to be non-disciplinary, to assist employees in maintaining adequate attendance levels, help identify situations where employees might require accommodation — Respondents having absenteeism records exceeding applicable group average — Respondents filing grievances, alleging that NAMP violating Articles 19 (anti-discrimination provision), 35 (sick leave) and 43 (entitlement to 37.5 hours of paid leave per year for leave for family-related reasons) of applicable collective agreement — Board holding that to include absences for family-related leave in NAMP calculation discriminatory; concluding that inclusion, calculation of absences caused by disability in employee's absenteeism level to determine if NAMP threshold exceeded establishing *prima facie* case of discrimination; holding that employer not discharging its burden of justifying situation, calling no evidence to establish *bona fide* occupational requirement defence — Main issue whether Board committing reviewable error in finding *prima facie* case of discrimination arising merely from inclusion of certain types of absences in calculations under NAMP, in conflating family-related leave under collective agreement with sorts of leave that employee entitled to under *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (Act) by reason of family status responsibilities — Board's decision having to be set aside — Board ignoring essential pre-requisite for *prima facie* case of discrimination, i.e. proof of adverse impact by a claimant — Unreasonably finding that respondents made out case of *prima facie* discrimination in absence of any proof of adversity — Nothing adverse flowing from inclusion of absences due to disability or for family-related leave in group average threshold under NAMP — This sort of calculation sanctioned in other cases where plan making it clear that employer would accommodate to point of undue hardship absences occasioned by disability — Difficult to conceive how line could be drawn in timely way between absences due to disability, those due to other reasons for purposes of calculating rolling twelve month group average absence rate — Presence of adversity essential component of *prima facie* case of discrimination — On issue of

**PUBLIC SERVICE**—Concluded

family status discrimination, distinction to be made between family-related leave under collective agreement, leave based on family status for which employee entitled to receive accommodations under Act — In ascertaining whether discrimination has occurred, Board should have regard to only those situations where employee entitled to claim right to the leave under Act based on family status responsibilities — Respondents' grievances remitted to newly constituted panel of Board for redetermination — Application allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. BODNAR (A-298-16, 2017 FCA 171, GLEASON J.A., JUDGMENT DATED AUGUST 22, 2017, 18 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.

---

## ACCÈS À L'INFORMATION

Appels réunis d'une ordonnance de la Cour fédérale (C.F.) (2016 CF 776), qui a rejeté la requête de l'appelante visant à infirmer l'ordonnance par laquelle, le 4 avril 2016, la protonotaire a donné au commissaire à l'information l'autorisation de comparaître comme défendeur en vertu de l'art. 42(1)c) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 — La demande se rapportait à une décision du défendeur le ministre de la Santé (Ministre) de communiquer des dossiers que l'appelante avait antérieurement soumis lorsqu'elle a demandé l'approbation d'un produit pharmaceutique — Il s'agissait de savoir si la C.F. a commis une erreur en refusant de modifier l'ordonnance de la protonotaire — La C.F. n'a pas commis d'erreur en refusant de modifier l'ordonnance de la protonotaire — Le commissaire n'a pas démontré qu'il était une partie nécessaire à la demande de contrôle judiciaire de l'appelante au sens de la règle 104 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, mais la C.F. n'était pas tenue d'appliquer de manière stricte la règle 104 à l'égard de la demande du commissaire — Il faut donner effet à l'intention du législateur, énoncée à l'art. 42(1)c) de la Loi, de permettre qu'un agent du Parlement compare, avec autorisation de la Cour, comme partie à une instance judiciaire — Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder une autorisation en vertu de l'art. 42(1)c), la Cour devrait être convaincue que la présence du commissaire serait nécessaire à la résolution d'une demande de contrôle judiciaire — Un tel critère favorise la participation du commissaire, en conformité avec l'intention du législateur, tout en reconnaissant que l'art. 42(1)c) ne confère pas au commissaire la qualité de partie de plein droit — Le critère doit être appliqué selon chaque cas — Dans la présente affaire, il y avait suffisamment de motifs pour que la C.F. puisse avoir conclu que la protonotaire n'a pas commis d'erreur susceptible de contrôle en accueillant la requête du commissaire — Appel rejeté.

APOTEX INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (A-259-16, A-260-16, A-261-16, 2017 CAF 160, JUGE NEAR, J.C.A., JUGEMENT EN DATE DU 20 JUILLET 2017, 9 PP.)

## DROITS DE LA PERSONNE

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de rejeter la plainte du demandeur alléguant que l'intimée a fait preuve de discrimination envers sa famille et lui-même — La maison du demandeur était occupée par son fils et sa belle-fille — Le demandeur a rencontré un agent de l'intimée en vue de discuter de l'augmentation de sa marge de crédit, en vue d'entreprendre des travaux de rénovation à sa maison — Le fils du demandeur a obtenu l'autorisation de Santé Canada de cultiver de la marijuana thérapeutique — Il avait l'intention d'utiliser l'espace rénové pour y cultiver les plans de marijuana — L'évaluateur a informé l'intimée de l'intention de la famille de cultiver de la marijuana — L'intimée a refusé de hausser la marge de crédit du demandeur et a exigé le remboursement intégral du prêt hypothécaire — Elle a dit que le demandeur avait manqué aux conditions du contrat de prêt hypothécaire — Le demandeur a allégué dans une plainte portée auprès de la Commission que son fils et sa belle-fille s'étaient fait prescrire de la marijuana à cause de leurs déficiences — La Commission a refusé d'examiner la plainte sur recommandation de l'enquêtrice des droits de la personne, en vertu de l'art. 41(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (Loi), car la décision de l'intimée de dénoncer le contrat de prêt hypothécaire n'était pas fondée sur un motif de distinction illicite — Il s'agissait de déterminer principalement si la Commission a manqué à son obligation d'équité procédurale en omettant de procéder à un examen neutre et rigoureux — La question essentielle qu'il fallait examiner, en rapport avec l'enquête de la Commission, était celle de savoir si l'enquêtrice a négligé ou omis d'examiner une « preuve manifestement importante » — La décision de la Commission était déraisonnable et inéquitable sur le plan procédural — L'enquêtrice n'a pas répondu au critère de la preuve manifestement importante — Elle aurait dû examiner

**DROITS DE LA PERSONNE—Fin**

en détail la politique de l'intimée sur les « installations de culture de stupéfiants » afin de déterminer si cette dernière avait une explication raisonnable pour justifier la demande de remboursement du prêt hypothécaire — Le fait que l'enquêtrice n'a pas évalué et examiné cette politique a miné la rigueur de l'enquête et l'équité du processus — La décision de la Commission de souscrire à la recommandation de l'enquêtrice était déraisonnable — La Commission était tenue de déterminer s'il y avait dans la preuve un fondement raisonnable pour procéder à un examen devant le Tribunal — L'analyse de la Commission a fait essentiellement abstraction de la preuve — Des courriels ont montré que l'intimée avait tenu compte du fait que le fils du demandeur avait l'intention d'utiliser la maison comme lieu de culture de stupéfiants quand elle a refusé d'augmenter la marge de crédit du demandeur et décidé de demander le remboursement du prêt hypothécaire — Malgré cette preuve, il a été conclu dans le rapport d'enquête que la preuve recueillie n'indiquait pas que l'intimée a demandé le remboursement du prêt hypothécaire du plaignant à cause de la déficience de son fils et de la forme particulière du traitement de cette déficience — L'intention du fils de bâtir une installation de culture de stupéfiants plus grande et améliorée a pu avoir joué dans la décision de l'intimée — Il n'était pas question ici d'une affaire dans laquelle la preuve incontestée qui figure dans le dossier était à ce point concluante qu'il n'y avait qu'une seule conclusion possible — La requête du demandeur, à savoir le renvoi de l'affaire à la Commission en vue d'une nouvelle décision, assorti de l'instruction que celle-ci défère la plainte du demandeur au Tribunal pour examen, ne convenait pas dans les circonstances de l'espèce — Le pouvoir que l'art. 44(3) de la Loi confère à la Commission, soit de renvoyer une plainte au Tribunal ou de la rejeter, est de nature purement discrétionnaire — Il n'incombait pas à la Cour de rendre cette décision pour la Commission — La décision de la Commission a été infirmée et l'affaire a été renvoyée à la Commission en vue d'une nouvelle décision et d'une enquête approfondie — Demande accueillie.

McILVENNA C. BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE (BANQUE SCOTIA) (T-1176-16, 2017 CF 699, JUGE BOSWELL, JUGEMENT EN DATE DU 19 JUILLET 2017, 33 P.)

**ÉNERGIE**

Appel de la décision dans laquelle l'Office national de l'énergie (Office) a conclu que l'appelant n'a pas établi à première vue que le projet de pipeline est un ouvrage ou une entreprise de compétence fédérale au sens de l'art. 92(10)a de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que l'Office n'était donc pas compétent — L'intimée, TransCanada Pipeline Limited, se propose d'acheminer du gaz vers des installations d'exportation situées sur la côte du Pacifique de la Colombie-Britannique en prolongeant le pipeline de la NOVA Gas Transmission Ltd. (NGTL) existant grâce à la canalisation principale de la North Montney (pipeline de NM) — Le gaz provenant du pipeline de NM serait acheminé vers le gazoduc de Prince Rupert (PR) et poursuivrait ainsi sa route vers les installations d'exportation — Personne n'a contesté que les pipelines de NM et de la NGTL étaient assujettis à la réglementation fédérale — L'Office a énuméré un certain nombre de facteurs indiquant qu'ils relevaient de la compétence fédérale, notamment l'interconnexion physique entre deux entreprises relevant de la réglementation fédérale; les réseaux de PR et de NM sont assujettis au même centre de contrôle opérationnel; le gazoduc de PR ne peut être construit sans une prolongation du pipeline de NM — L'Office n'a pas conclu que ces facteurs étaient « suffisants » pour établir le bien-fondé des allégations — Il a conclu que le gazoduc de PR est de nature « locale » et qu'il est différent, sur le plan fonctionnel, du pipeline de la NGTL — Il s'agissait de déterminer si l'Office en est arrivé à la bonne conclusion sur la question constitutionnelle de fond; et si le projet de pipeline était un ouvrage ou une entreprise de compétence fédérale au sens de l'art. 92(10)a de la Loi constitutionnelle — L'Office a commis une erreur dans sa compréhension et son application du critère de la preuve suffisante à première vue — Le fait qu'il a procédé à une évaluation au fond de la preuve comme il l'aurait fait dans le cadre d'une audience complète sur les questions de compétence a donné naissance à une erreur de droit — Il ne s'est pas demandé si une cause défendable avait été établie, mais il a répondu à la question sous-jacente — Il n'appartenait pas à l'Office à cette étape d'analyser les détails de la jurisprudence portant sur l'art. 92(10)a — Trois erreurs sont ressorties de l'analyse constitutionnelle effectuée par l'Office : il n'a pas pris en considération la nature de l'entreprise ou du projet dans son ensemble; il a confondu des arrangements commerciaux et modes de facturation avec une entreprise; il a omis de cerner et de prendre en considération des éléments de preuve très pertinents sur les critères juridiques de « la direction et du contrôle commun » dans l'analyse fondée sur l'art. 92(10)a — La question de savoir si les pipelines de PR et de la NGTL sont « différents sur le plan fonctionnel » n'était pas le critère à appliquer — Le critère consistait à déterminer si des parties de l'entreprise étaient intégrées sur le plan fonctionnel et, dans l'affirmative, comment ces parties fonctionnaient ensemble et à quelle fin — L'Office ne s'est pas penché sur la nature de l'entreprise ou de l'ouvrage en cause — Cela suffit pour trancher l'appel — L'Office a commis une erreur en se fondant sur le modèle d'entreprise du gazoduc de PR — Le facteur tangentiel ne peut « surmonter » une preuve à première vue qui a par ailleurs été établie — La structure d'entreprise ne permettait pas de trancher la question de savoir si l'entreprise était un ouvrage ou une



**ÉNERGIE—Fin**

entreprise de compétence fédérale — Le cadre de l'analyse consistait plutôt à déterminer si les pipelines de PR et de la NGTL étaient assujettis à une gestion, un contrôle et une direction communs de TransCanada — Appel accueilli.

SAWYER C. TRANSCANADA PIPELINE LIMITED (A-115-16, 2017 CAF 159, JUGE RENNIE, J.C.A., JUGEMENT EN DATE DU 19 JUILLET 2017, 25 P.)

**FONCTION PUBLIQUE**

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission des relations de travail et de l'emploi dans la fonction publique (Commission) (2016 CRTEFP 71) d'accueillir les griefs des défendeurs et de conclure que l'employeur a appliqué sa Politique nationale de gestion des présences (PNGP) de manière discriminatoire à leur égard parce qu'il a inclus dans le calcul que prévoit la PNGP les absences attribuables à une incapacité ou pour lesquelles un congé familial avait été accordé sous le régime de la convention collective en vigueur — Les défendeurs étaient des employés du Service correctionnel du Canada (SCC) qui occupaient divers postes relevant de l'unité de négociation du groupe Services des programmes et de l'administration représentée par l'Alliance de la Fonction publique du Canada — La convention collective en vigueur prévoyait des congés de maladie et des congés payés pour obligations familiales et contenait une disposition d'élimination de la discrimination — Le SCC a mis en place la PNGP en raison de ses préoccupations concernant l'absentéisme excessif des employés — La PNGP ne devait pas être de nature disciplinaire et elle avait pour but d'aider les employés à maintenir un taux d'assiduité approprié et de cerner les besoins en matière d'adaptation qu'ils pourraient avoir — Le taux d'absentéisme des défendeurs excédait la moyenne du groupe visé — Les défendeurs ont déposé des griefs, alléguant que la PNGP violait les articles 19 (élimination de la discrimination), 35 (congé de maladie) et 43 (droit à 37,5 heures de congés payés par année pour obligations familiales) de la convention collective en vigueur — La Commission a conclu que l'inclusion dans le calcul que prévoit la PNGP des absences attribuables à un congé pour obligations familiales était discriminatoire; elle a conclu que l'inclusion et le calcul des absences attribuables à une incapacité dans le taux d'absentéisme d'un employé pour déterminer si ce dernier a franchi le seuil requis aux fins de l'application de la PNGP établissaient à première vue l'existence d'une discrimination; elle a conclu que l'employeur ne s'était pas acquittée de son obligation de justifier la situation parce qu'il n'avait présenté aucun élément de preuve visant à établir la défense de l'exigence professionnelle de bonne foi — Il s'agissait principalement de déterminer si la Commission a commis une erreur susceptible de contrôle en concluant à l'existence d'une discrimination à première vue du seul fait de l'inclusion de certains types d'absences dans le calcul que prévoit la PNGP et en assimilant aux congés liés à la situation familiale qui sont prévus dans la convention collective des types de congés auxquels les employés ont droit en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (Loi) en raison de responsabilités liées à la situation familiale — La décision de la Commission devait être infirmée — La Commission a fait fi de la condition préalable essentielle à une preuve de discrimination à première vue, à savoir la preuve d'un effet préjudiciable par un demandeur — Elle a conclu déraisonnablement que les défendeurs avaient établi l'existence d'une discrimination à première vue en l'absence de toute preuve de préjudice — L'inclusion dans le seuil représentant la moyenne du groupe des absences attribuables à une incapacité ou à un congé pour obligations familiales aux termes de la PNGP n'a aucun effet préjudiciable — Ce type de calcul a été sanctionné dans d'autres affaires où le régime indiquait en des termes clairs que l'employeur prendrait des mesures d'adaptation à l'égard des absences attribuables à une incapacité, sauf s'il subissait une contrainte excessive — Il est difficile de concevoir comment une distinction opportune pourrait être établie entre les absences qui sont attribuables à une incapacité et celles qui sont attribuables à d'autres raisons aux fins du calcul du taux moyen mobile d'absentéisme du groupe sur une période de douze mois — L'existence d'un préjudice est un élément essentiel de la preuve d'une discrimination à première vue — Sur la question de la discrimination fondée sur la situation familiale, il faut faire une distinction entre le congé pour obligations familiales prévu dans la convention collective et le congé fondé sur la situation familiale à l'égard duquel les employés ont droit à des mesures d'adaptation en vertu de la Loi — Pour déterminer s'il y avait eu discrimination, la Commission ne devrait prendre en considération que les situations où l'employé est autorisé à faire valoir un droit au congé en vertu de la Loi sur le fondement d'obligations liées à sa situation familiale — Les griefs des défendeurs ont été renvoyés à un tribunal différemment constitué de la Commission pour une nouvelle décision — Demande accueillie.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BODNAR (A-298-16, 2017 CAF 171, JUGE GLEASON, J.C.A., JUGEMENT EN DATE DU 22 AOÛT 2017, 18 P.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****PÉNALITÉS ET INTÉRÊTS**

Appel d'une décision de la Cour fédérale (C.F.) (2016 CF 604) rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appelant de la décision du ministre du Revenu national intimé de lui refuser les intérêts sur la somme d'argent qui lui a été remboursée — L'appelant a fait l'objet d'une nouvelle cotisation en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 — L'intimé a obtenu une ordonnance ex parte en vertu de l'art. 225.2 de la Loi (ordonnance conservatoire) l'autorisant à prendre des mesures de recouvrement immédiates — Après que l'ordonnance conservatoire a été rendue, l'appelant a retiré 15 millions de dollars d'un régime enregistré d'épargne-retraite et a fait suivre le solde de 12,75 millions de dollars au receveur général au titre de l'impôt à payer — Dans une ordonnance sur consentement, la C.F. a annulé l'ordonnance conservatoire — L'appelant a par la suite demandé que la somme de 12,75 millions de dollars lui soit remboursée avec intérêts en conformité avec l'art. 164(1.1) de la Loi — La somme lui a été remboursée sans les intérêts — La C.F. a conclu que la décision de l'intimé était raisonnable, puisqu'à son avis, le législateur avait l'intention de « traiter les paiements volontaires de façon plus généreuse que les paiements involontaires » — Il s'agissait de déterminer si l'art. 164(1.1) s'appliquait — Les termes « si aucune autorisation n'a été accordée en application du paragraphe 225.2(2) à l'égard du montant de la cotisation » de l'art. 164(1.1) doivent être lus « 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 » — Comment faut-il lire ou appliquer ces mots lorsque la C.F. annule une ordonnance conservatoire par ordonnance subséquente? — L'annulation de l'ordonnance conservatoire dans la présente affaire signifie que l'art. 164(1.1) devrait être lu comme si l'ordonnance n'avait jamais été rendue — En conséquence, aucune autorisation n'a été accordée en application de l'art. 225.2(2) à l'égard du montant de la cotisation pour l'application de cette disposition — Étant donné que l'appelant a interjeté appel des nouvelles cotisations à la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) et qu'il a demandé un remboursement par écrit, il a été satisfait aux autres conditions énoncées à l'art. 225.2(2) et des intérêts sont payables en vertu de l'art. 164(3) de la Loi — Cette interprétation s'harmonise avec le contexte et l'objet de la Loi — L'interprétation de l'intimé selon laquelle aucun intérêt n'est payable à l'appelant était incorrecte et déraisonnable — Toutefois, la demande d'ordonnance de *mandamus* exigeant que l'intimé paie des intérêts était prématurée — L'intimé devrait d'abord avoir l'occasion de payer des intérêts sur le fondement d'une déclaration selon laquelle des intérêts sont payables — Appel accueilli.

GRENON C. CANADA (REVENU NATIONAL) (A-239-16, 2017 CAF 167, JUGE WEBB, J.C.A., JUGEMENT EN DATE DU 9 AOÛT 2017, 14 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES****TERRES**

Appel de la décision (2016 CF 595) de la Cour fédérale (C.F.) rejetant le contrôle judiciaire de la décision rendue par l'intimé, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (ministre), de consentir à la cession d'un acte formaliste bilatéral énonçant une servitude — L'intimée, Kinder Morgan, exploite un pipeline qui traverse la réserve de l'appelante — L'appelante et d'autres bandes touchent une indemnisation en contrepartie du droit de passage du pipeline — Le gouverneur en conseil a autorisé l'octroi du droit de passage en 1953 par la voie d'un décret — Le ministre a octroyé le droit de passage dans les réserves touchées dans un acte formaliste bilatéral en 1955 — Kinder Morgan a présenté à l'Office national de l'énergie une demande de certificat de commodité et de nécessité publiques pour prolonger le pipeline — Les appelants ont exprimé le souhait que le ministre profite de l'occasion que lui offrait la demande de consentement à la cession pour actualiser les modalités de l'acte formaliste bilatéral — Le ministre a invité toutes les bandes touchées à prendre part au processus d'actualisation de l'acte formaliste bilatéral — Les appelants ont estimé que le ministre avait refusé d'inclure leurs dispositions dans l'acte formaliste bilatéral et se sont retirés du processus — Le « modèle de modification » a par la suite été achevé et contenait de nouvelles modalités — L'utilisation et la mise en œuvre du modèle de modification était une question distincte de la décision du ministre concernant la demande de consentement à la cession des actes formalistes bilatéraux prévoyant une servitude — Les appelants et Kinder Morgan ont négocié un protocole d'entente sur l'édification des capacités afin d'établir un processus pour résoudre les problèmes hérités du passé et les problèmes liés à l'exploitation et pour énoncer un processus de mobilisation aux fins du prolongement proposé du pipeline — Le ministre a consenti à la cession dans une entente sur le consentement à la cession — La question dont la C.F. était saisie se rapportait à la portée de l'obligation fiduciaire du ministre envers les appelants et à la question de savoir s'il s'était acquitté de cette obligation de manière appropriée lorsqu'il a décidé s'il fallait consentir ou non à la cession d'un acte formaliste bilatéral prévoyant une servitude — La C.F. a suivi la démarche en deux étapes énoncée dans l'affaire *Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)*, 2001 CSC 85, [2001] 3 R.C.S. 746 : 1) était-il dans l'intérêt public que la prise ou l'utilisation des terres de réserve ou de tout droit y afférent au sens de l'art. 35 de la Loi soient autorisées; 2) dans

**PEUPLES AUTOCHTONES—Fin**

l'affirmative, la Couronne avait l'obligation de faire en sorte que cette prise ou utilisation des terres ne porte qu'une atteinte minimale au droit de la bande d'utiliser ses terres de réserve et d'en jouir — La C.F. a conclu que le ministre avait satisfait au critère et qu'il n'était pas tenu de rouvrir l'acte formaliste bilatéral — Les principales questions en litige portaient sur le contenu de l'obligation fiduciaire du ministre lorsqu'il décide d'accorder ou non son consentement à une cession, et si le ministre s'est acquitté raisonnablement de son obligation fiduciaire — La juge Dawson, J.C.A. (le juge Rennie, J.C.A. souscrivant à ses motifs) : La C.F. a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que la décision du ministre était raisonnable — Le ministre était tenu de prendre en considération l'intérêt supérieur actuel et permanent des appelants — Il devait agir comme une personne raisonnablement prudente gérant ses propres affaires tout en ne bafouant pas l'intérêt public dans l'exploitation continue du pipeline — Il devait porter une atteinte minimale au droit de la bande d'utiliser ses terres et d'en jouir — La mesure de l'atteinte devait être évaluée au regard de l'impact actuel et permanent du maintien des modalités initiales de la servitude sur le droit de Coldwater d'utiliser ses terres de réserve et d'en jouir — Le ministre dans la présente affaire n'a pas pris en considération les appréhensions des appelants concernant l'indemnisation et les modalités de l'acte formaliste bilatéral lorsqu'il a décidé d'accorder son consentement à la cession — Il a limité son examen à la capacité organisationnelle du cessionnaire d'appliquer les modalités de l'acte formaliste bilatéral initial créant une servitude — Le ministre avait l'obligation de prendre en considération l'intérêt supérieur des appelants et de faire en sorte que l'atteinte à leur utilisation et à leur jouissance des terres soit minimale, ce qui nécessitait la prise en considération de facteurs en sus de la capacité organisationnelle du cessionnaire proposé — Par suite du processus d'actualisation de l'acte formaliste bilatéral, le ministre savait que les modalités de l'acte formaliste bilatéral ne répondait plus aux préoccupations actuelles — Le ministre ne s'est pas demandé si la protection offerte aux appelants en vertu du modèle actualisé était suffisante — La décision du ministre a été infirmée et renvoyée pour nouvelle décision — Appel accueilli — Le juge Webb, J.C.A. (dissident) : Il était important de se concentrer sur l'impact particulier que le refus ou l'octroi du consentement dans la présente affaire a sur le droit des appelants d'utiliser leurs terres et d'en jouir — La seule question à laquelle le ministre devait répondre était celle de savoir si les droits d'une société membre d'un groupe de sociétés à une servitude devait être cédé à une autre société faisant partie du même groupe de sociétés — Il n'y avait aucune raison de conclure que la servitude cesserait d'exister si le ministre refusait de consentir à la cession — En conséquence, peu importe que le ministre consente ou non à la demande de cession de l'intérêt d'une société à une autre société membre du groupe de sociétés de Kinder Morgan, la servitude demeurerait en place — L'utilisation des terres en question n'a pas changé; les appelants ont le droit d'utiliser les terres et d'en jouir, peu importe que le consentement soit accordé ou refusé — La décision du ministre d'approuver la cession de la servitude était raisonnable.

BANDE INDIENNE DE COLDWATER C. CANADA (AFFAIRES INDIENNES ET DÉVELOPPEMENT DU NORD) (A-214-16, 2017 CAF 199, JUGES DAWSON ET WEBB, J.C.A., JUGEMENT EN DATE DU 26 SEPTEMBRE 2017, 37 P.)

**PRATIQUE****ORDONNANCES CONSERVATOIRES**

Requête visant à obtenir une ordonnance conservatoire — Les parties ont négocié entre elles les conditions et le contenu exacts de l'ordonnance proposée — Cette ordonnance détaillait la façon dont les documents étaient désignés comme confidentiels, échangés et divulgués — L'ordonnance proposée n'était pas une ordonnance conservatoire au sens où l'entendent les art. 151 et 152 des *Règles des Cours fédérales*, DORS-98/106 — Les parties n'ont pas déposé une requête officielle ni expliqué pourquoi la Cour devrait rendre l'ordonnance proposée — Elles craignaient, entre autres, qu'à moins d'intégrer ces dispositions à une ordonnance rendue par la Cour, elles n'aient conclu qu'une simple entente contractuelle — Les dispositions de l'ordonnance proposée incluait une restriction quant au nombre de personnes à qui il est possible de divulguer des renseignements désignés et une obligation de donner un avis préalable de l'intention de produire ces renseignements désignés — Il s'agissait de savoir s'il était nécessaire que la Cour rende des ordonnances conservatoires que les parties ont rédigées et acceptées, même si leur portée ne faisait l'objet d'aucun litige véritable et qu'aucune circonstance particulière ne justifiait la participation de la Cour — Les arguments des parties étaient sans fondement — Par le passé, la Cour a accédé sans question à ce genre de demande, non sans inconvénients pour elle, toutefois, et non sans coûts pour le Trésor — La Cour n'approuve pas automatiquement les ordonnances conservatoires — Le personnel judiciaire et du greffe doit consacrer du temps à l'approbation et au traitement des ordonnances de confidentialité proposées — La doctrine de common law qu'est la règle de l'engagement implicite est reconnue et enchâssée dans la pratique de la Cour — Cette règle s'appuie sur la prémisse selon laquelle il faut conserver les droits à la protection des renseignements personnels des plaideurs en cas de communication obligatoire et établir un équilibre entre les droits à la protection des renseignements personnels des parties et la promotion de la communication intégrale — La règle de l'engagement implicite survient et fonctionne pour contraindre les parties, leur avocats et les tierces parties — Il n'est pas nécessaire

**PRATIQUE—Fin**

de conclure une entente distincte — Les engagements qui portent exclusivement sur les aspects procéduraux d'une instance et qui visent à contribuer à régir le processus de la Cour sont du même genre que la règle de l'engagement implicite — La Cour n'a pas à les reconnaître expressément pour les faire observer — Subsidiairement, il ne faut pas rendre des ordonnances conservatoires qui étendent la règle de l'engagement implicite sur demande — Les craintes des parties que la Cour fédérale n'aurait pas compétence pour régir ou exécuter un recours en cas de violation des engagements de confidentialité privés des parties à moins que ces engagements n'aient été enchâssés dans une ordonnance antérieure étaient non fondées — La Cour a la compétence requise pour reconnaître les engagements antérieurs des parties et rendre des ordonnances correctives pour garantir l'observation future — L'intégration des limites que les parties se sont imposées elles-mêmes à une ordonnance quant au nombre de personnes pouvant avoir accès à des renseignements désignés obtenus au cours de la communication préalable n'avait aucune fin utile — Il n'est pas nécessaire d'intégrer à une ordonnance de la Cour une disposition exigeant un avis préalable de l'intention de produire des renseignements désignés pour qu'elle soit efficace — Requête rejetée.

LIVE FACE ON WEB, LLC C. SOLDAN FENCE AND METAL (2009) LTD. (T-2064-16, 2017 CF 858, PROTONOTAIRE TABIB, ORDONNANCE EN DATE DU 25 SEPTEMBRE 2017, 18 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