

A-51-15
2016 FCA 52

A-51-15
2016 CAF 52

Helmut Oberlander (*Appellant*)

Helmut Oberlander (*appellant*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*intimé*)

INDEXED AS: OBERLANDER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : OBERLANDER c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court of Appeal, Dawson, Near and Boivin J.J.A.—Toronto, February 1; Ottawa, February 15, 2016.

Cour d'appel fédérale, juges Dawson, Near et Boivin, J.C.A.—Toronto, 1^{er} février; Ottawa, 15 février 2016.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from Federal Court decision dismissing appellant's application for judicial review of Governor in Council's decision revoking appellant's citizenship for third time — Appellant's citizenship previously revoked on ground obtained on basis of making false representation, acting in fraudulent manner or by knowingly concealing material circumstances — Federal Court finding in particular that, regarding complicity, preconditions for issue estoppel met; that issue previously decided by Federal Court of Appeal with decision being final; that appellant not establishing grounds allowing Federal Court to exercise discretion to return complicity issue for reconsideration — Whether Federal Court erring in principle by concluding that appellant not establishing grounds sufficient to allow it to exercise discretion to remit issue of complicity for redetermination — Regarding Federal Court's analysis on exercise of discretion, consideration of impact of maintaining previous finding of complicity in circumstances where finding directly related to current determination of duress missing from analysis — Governor in Council considering requirement of proportionality in decision under review — In circumstances herein, application of issue estoppel working injustice to appellant such that Federal Court erring in principle in applying doctrine — Appellant entitled to determination of extent to which making significant, knowing contribution to crime or criminal purpose of Einsatzkommando 10a during World War II — Only then could reasonable determination be made as to whether whatever harm appellant facing more serious than harm inflicted on others through appellant's complicity — Appeal allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appellant visant la décision du gouverneur en conseil de révoquer sa citoyenneté pour une troisième fois — La citoyenneté de l'appellant avait précédemment été révoquée pour le motif qu'il avait obtenu cette dernière en faisant une fausse déclaration, en agissant de manière frauduleuse ou en dissimulant de façon intentionnelle des faits essentiels — La Cour fédérale a conclu qu'en ce qui concerne la question de la complicité, tous les critères relatifs à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée étaient remplis; que la question avait déjà été tranchée précédemment par la Cour d'appel fédérale, la décision de celle-ci étant définitive; et que l'appellant n'avait pas fait la preuve de motifs qui lui permettraient d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour renvoyer la question de la complicité afin qu'elle fasse l'objet d'un nouvel examen — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur de principe en concluant que l'appellant n'avait pas fait la preuve de motifs suffisants qui lui permettraient d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour renvoyer la question de la complicité afin qu'elle fasse l'objet d'un nouvel examen — Il manquait à l'analyse du pouvoir discrétionnaire par la Cour fédérale l'examen de l'incidence de maintenir la conclusion antérieure de la complicité dans les circonstances où cette conclusion était directement liée à la détermination actuelle de la contrainte — Dans la décision faisant l'objet du contrôle, le gouverneur en conseil a pris en compte l'exigence de la proportionnalité — Dans les circonstances de l'espèce, l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a causé une injustice à l'appellant de sorte que la Cour fédérale a commis une erreur de principe en appliquant la doctrine — L'appellant avait le droit de recevoir une décision sur la mesure dans laquelle il a contribué de manière significative et consciente aux crimes ou au dessein criminel de l'unité Einsatzkommando 10a durant la Seconde Guerre mondiale — Alors seulement pourra-t-on déterminer, de façon raisonnable, si le préjudice auquel il était confronté était plus

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant's application for judicial review of a decision of the Governor in Council revoking the appellant's citizenship. This was the Governor in Council's third decision revoking the appellant's citizenship. In 1995, proceedings were commenced to revoke the appellant's Canadian citizenship on the ground that he obtained such citizenship on the basis of making a false representation, acting in a fraudulent manner or by knowingly concealing material circumstances. Since then, the revocation proceeding has been both contested and protracted. Following the decision of the majority of the Court remitting the matter to the Governor in Council for consideration of the issue of duress, in 2012 the Governor in Council considered whether the appellant's assertion of duress was sufficient to excuse his complicity in activities perpetrated by the Einsatzkommando 10a (Ek 10a) during World War II. In its most recent decision, the Governor in Council decided the defence of duress had not been established.

In dismissing the appellant's application for judicial review, the Federal Court found in particular that, regarding the issue of complicity, all the pre-conditions for issue estoppel were met and that this issue was previously decided by the Federal Court of Appeal with its decision being final; that the appellant had not established grounds that would allow it to exercise its discretion to return the issue of complicity for reconsideration. It noted that the overarching consideration in exercising discretion is whether the interests of justice require the exercise of discretion. The Federal Court also found that the process was procedurally fair to the appellant and that the Governor in Council's decision regarding duress was reasonable.

The issue was whether the Federal Court erred in principle by concluding that the appellant had not established grounds sufficient to allow it to exercise its discretion to remit the issue of complicity for redetermination.

Held, the appeal should be allowed.

Regarding the issue of the exercise of discretion, the Federal Court correctly noted that the overarching consideration is whether the interests of justice require the exercise of discretion. The Federal Court provided two reasons why the interests of justice did not require relitigation of the complicity issue including that the appellant had failed to establish

grave que le préjudice infligé aux autres par sa complicité — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appellant visant la décision du gouverneur en conseil de révoquer sa citoyenneté. Il s'agissait de la troisième fois que le gouverneur en conseil révoquait la citoyenneté de l'appellant. En 1995, des procédures ont été engagées pour révoquer la citoyenneté canadienne de l'appellant pour le motif qu'il avait obtenu cette dernière en faisant une fausse déclaration, en agissant de manière frauduleuse ou en dissimulant de façon intentionnelle des faits essentiels. Depuis, les procédures de révocation ont été contestées et prolongées. En 2012, à la suite de la décision de la majorité des juges de la Cour de renvoyer l'affaire au gouverneur en conseil en vue d'une nouvelle décision concernant la question de la contrainte, le gouverneur en conseil a examiné si l'allégation de contrainte de l'appellant pouvait être invoquée pour excuser sa complicité à l'égard des activités de l'Einsatzkommando 10a (l'unité Ek 10a) durant la Seconde Guerre mondiale. Dans sa décision la plus récente, le gouverneur en conseil a conclu que la justification fondée sur la contrainte n'avait pas été établie.

En rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appellant, la Cour fédérale a conclu qu'en ce qui concerne la question de la complicité, tous les critères relatifs à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée étaient remplis et que la question avait déjà été tranchée précédemment par la Cour d'appel fédérale, la décision de celle-ci étant définitive. Elle a également conclu que l'appellant n'avait pas fait la preuve de motifs qui lui permettraient d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour renvoyer la question de la complicité afin qu'elle fasse l'objet d'un nouvel examen. La Cour a signalé que l'élément le plus important à considérer est de savoir si l'exercice du pouvoir discrétionnaire est dans l'intérêt de la justice. Elle a par ailleurs conclu qu'il n'y avait pas eu manquement à l'équité procédurale à l'égard de l'appellant et que la décision du gouverneur en conseil quant à la contrainte était raisonnable.

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur de principe en concluant que l'appellant n'avait pas fait la preuve de motifs suffisants qui lui permettraient d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour renvoyer la question de la complicité afin qu'elle fasse l'objet d'un nouvel examen.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

En ce qui concerne l'exercice du pouvoir discrétionnaire, la Cour fédérale a correctement signalé que l'élément le plus important à considérer est de savoir si l'exercice du pouvoir discrétionnaire est dans l'intérêt de la justice. Elle a donné deux raisons pour lesquelles l'intérêt de la justice n'exige pas que la question de la complicité soit débattue à nouveau,

that the decision finding him complicit was clearly wrong. However, missing from the Federal Court's analysis was consideration of the impact of maintaining the previous finding of complicity in circumstances where that finding was directly related to the current determination of duress. The link between duress and complicity is well-settled at law because the defence of duress requires proportionality between the harm threatened against the person concerned and the harm inflicted by that person, whether directly or through complicity. In the decision under review, the Governor in Council considered the requirement of proportionality. In the circumstances, the application of issue estoppel worked an injustice to the appellant such that the Federal Court erred in principle in applying the doctrine. The appellant was entitled to a determination of the extent to which he made a significant and knowing contribution to the crime or criminal purpose of the Ek 10a. Only then could a reasonable determination be made as to whether whatever harm he faced was more serious than the harm inflicted on others through his complicity.

notamment parce que l'appelant n'avait pas établi que la décision selon laquelle il avait été complice était manifestement erronée. Cependant, il manquait à l'analyse de la Cour fédérale l'examen de l'incidence de maintenir la conclusion antérieure de la complicité dans les circonstances où cette conclusion était directement liée à la détermination actuelle de la contrainte. Le lien entre la contrainte et la complicité est bien établi en droit. Il en est ainsi parce que la défense de la contrainte exige une proportionnalité entre le préjudice dont la personne concernée est menacée et celui qu'elle inflige, directement ou par complicité. Dans la décision faisant l'objet du contrôle, le gouverneur en conseil a pris en compte l'exigence de la proportionnalité. Dans ces circonstances, l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a causé une injustice à l'appelant de sorte que la Cour fédérale a commis une erreur de principe en appliquant la doctrine. L'appelant avait le droit de recevoir une décision sur la mesure dans laquelle il a contribué de manière significative et consciente aux crimes ou au dessein criminel de l'unité Ek 10a. Alors seulement pourra-t-on déterminer, de façon raisonnable, si le préjudice auquel il était confronté était plus grave que le préjudice infligé aux autres par sa complicité.

CASES CITED

APPLIED:

Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 2 F.C.R. 306, (1992), 89 D.L.R. (4th) 173 (C.A.); *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678.

CONSIDERED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Oberlander, 2000 CanLII 14968, 185 F.T.R. 41 (F.C.T.D.); *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2004 FCA 213, [2005] 1 F.C.R. 3; *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 330, [2010] 4 F.C.R. 395, revg in part 2008 FC 1200, [2009] 3 F.C.R. 358; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460.

REFERRED TO:

Canadian Imperial Bank of Commerce v. Green, 2015 SCC 60, [2015] 3 S.C.R. 801; *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217, (1997), 32 O.R. (3d) 716; *R. v. Ryan*, 2013 SCC 3, [2013] 1 S.C.R. 14.

APPEAL from a Federal Court decision (2015 FC 46, [2016] 1 F.C.R. 56) dismissing the appellant's application for judicial review of a decision of the

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 2 R.C.F. 306 (C.A.); *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Oberlander, 2000 CanLII 14968 (C.F. 1^{re} inst.); *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2004 CAF 213, [2005] 1 R.C.F. 3; *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 330, [2010] 4 R.C.F. 395, infirmant en partie 2008 CF 1200, [2009] 3 R.C.F. 358; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460.

DÉCISIONS CITÉES :

Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Green, 2015 CSC 60, [2015] 3 R.C.S. 801; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217; *R. c. Ryan*, 2013 CSC 3, [2013] 1 R.C.S. 14.

APPEL d'une décision (2015 CF 46, [2016] 1 R.C.F. 56) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelant visant la

Governor in Council revoking the appellant's citizenship for a third time. Appeal allowed.

décision du gouverneur en conseil de révoquer sa citoyenneté pour une troisième fois. Appel accueilli.

APPEARANCES

Ronald Poulton and Barbara Jackman for appellant.

Angela Marinos and Catherine Vasilaros for respondent.

ONT COMPARU

Ronald Poulton et Barbara Jackman pour l'appelant.

Angela Marinos et Catherine Vasilaros pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD

Poulton Law Office, Toronto, and Jackman, Nazami & Associates, Toronto, for appellant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Poulton Law Office, Toronto, et Jackman, Nazami & Associates, Toronto, pour l'appelant.

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

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

DAWSON J.A.:

LA JUGE DAWSON, J.C.A. :

I. Introduction

I. Introduction

[1] In 1995, proceedings were commenced to revoke the appellant's Canadian citizenship on the ground that he obtained such citizenship on the basis of making a false representation, acting in a fraudulent manner or by knowingly concealing material circumstances. Since then, the revocation proceeding has been both contested and protracted, as illustrated by the following brief history of the proceeding:

[1] En 1995, des procédures ont été engagées pour révoquer la citoyenneté canadienne de l'appelant pour le motif qu'il avait obtenu cette dernière en faisant une fausse déclaration, en agissant de manière frauduleuse ou en dissimulant de façon intentionnelle des faits essentiels. Depuis, les procédures de révocation ont été contestées et prolongées, comme le montre le bref historique des procédures ci-après :

- (i) In 2000, Justice MacKay of the Federal Court issued thoughtful and comprehensive reasons in which he concluded that the appellant obtained his Canadian citizenship by making a false representation or by knowingly concealing material circumstances (*[Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Oberlander]*, 2000 CanLII 14968, 185 F.T.R. 41 (F.C.T.D.)). In the course of his reasons, Justice MacKay made findings of fact as to the nature of the appellant's wartime service during World War II.

- i) En 2000, le juge MacKay de la Cour fédérale a donné des motifs réfléchis et détaillés et a conclu que l'appelant avait obtenu sa citoyenneté canadienne en faisant une fausse déclaration ou en dissimulant de façon intentionnelle des faits essentiels (*[Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Oberlander]*, 2000 CanLII 14968 (C.F. 1^{re} inst.)). Dans l'exposé de ses motifs, le juge MacKay a tiré les conclusions de fait en ce qui concerne la nature du service durant la guerre de l'appelant rendu au cours de la Seconde Guerre mondiale.

- (ii) Following this decision, in 2001, the Governor in Council revoked the appellant's citizenship. Subsequently, this Court set aside the decision of the Governor in Council and remitted the matter back to the Governor in Council for a new determination (2004 FCA 213, [2005] 1 F.C.R. 3).
- (iii) In 2007, after reconsidering the matter, the Governor in Council again revoked the appellant's citizenship. Thereafter, this Court upheld the finding of the Federal Court [2008 FC 1200, [2009] 3 F.C.R. 358, at paragraph 19] that the decision of the Governor in Council that the appellant had been complicit in war crimes perpetrated by the Einsatzkommando 10a (Ek 10a) during World War II was reasonable. However, a majority of this Court found that the Governor in Council was obliged to consider the issue of duress. Thus, the Court allowed the appellant's appeal from the decision of the Federal Court in part and remitted the matter to the Governor in Council for consideration of the issue of duress (2009 FCA 330, [2010] 4 F.C.R. 395, at paragraphs 2 and 41).
- (iv) Following the decision of the majority of this Court, in 2012 the Governor in Council considered whether the appellant's assertion of duress was sufficient to excuse his complicity in the activities of Ek 10a. The Governor in Council decided the defence of duress had not been established and therefore it once again revoked the appellant's citizenship.
- ii) En 2001, après cette décision, le gouverneur en conseil a révoqué la citoyenneté de l'appelant. Par la suite, la Cour a invalidé la décision du gouverneur en conseil et a renvoyé l'affaire au gouverneur en conseil en vue d'une nouvelle décision (2004 CAF 213, [2005] 1 R.C.F. 3).
- iii) En 2007, après avoir réexaminé l'affaire, le gouverneur en conseil a de nouveau révoqué la citoyenneté de l'appelant. Par la suite, la Cour a maintenu la conclusion de la Cour fédérale [2008 CF 1200, [2009] 3 R.C.F. 358, au paragraphe 19] selon laquelle la décision du gouverneur en conseil que l'appelant avait été complice de crimes de guerre perpétrés par le Einsatzkommando 10a (l'unité Ek 10a) pendant la Seconde Guerre mondiale était raisonnable. Cependant, la majorité des juges de la Cour ont conclu que le gouverneur en conseil était tenu d'examiner la question de la contrainte. Ainsi, la Cour a accueilli en partie l'appel interjeté par l'appelant à l'encontre de la décision de la Cour fédérale et a renvoyé l'affaire au gouverneur en conseil afin qu'il examine la question de la contrainte (2009 CAF 330, [2010] 4 R.C.F. 395, aux paragraphes 2 et 41).
- iv) En 2012, à la suite de la décision rendue par la majorité des juges de la Cour, le gouverneur en conseil a examiné si l'allégation de contrainte de l'appelant pouvait être invoquée pour excuser sa complicité à l'égard des activités de l'unité Ek 10a. Le gouverneur en conseil a conclu que la justification fondée sur la contrainte n'avait pas été établie et a de nouveau révoqué la citoyenneté de l'appelant.

[2] The appellant brought an application in the Federal Court for judicial review of this third decision revoking his citizenship. For reasons cited as 2015 FC 46 [2016] 1 F.C.R. 56, a judge of the Federal Court dismissed the application for judicial review. This is an appeal from that decision.

[2] L'appelant a présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale de cette troisième décision révoquant sa citoyenneté. Pour les motifs énoncés sous la référence 2015 CF 46, [2016] 1 R.C.F. 56, un juge de la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire. C'est sur cette décision que porte le présent appel.

II. The Context in which this Appeal Arises

[3] At this point it is helpful to explain the very unique circumstances before the Court on this appeal.

[4] As explained above, in its second decision revoking the appellant's citizenship in 2007, the Governor in Council found that the appellant was complicit in war crimes committed by the Ek 10a. In rendering this decision, the Governor in Council relied upon the legal test for complicity articulated by this Court in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C.R. 306. There, this Court held that "no one can 'commit' international crimes without personal and knowing participation" (*Ramirez*, page 317). When considering what degree of complicity is required in order to be an accomplice or abettor, this Court concluded that "mere membership in an organization which from time to time commits international offences is not normally sufficient for exclusion from refugee status" (*Ramirez*, page 317). This said, the Court added the following caveat: "[i]t seems apparent, however, that where an organization is principally directed to a limited, brutal purpose ... mere membership may by necessity involve personal and knowing participation in persecutory acts" (*Ramirez*, page 317). Thus, complicity through association rested "on the existence of a shared common purpose and the knowledge that all of the parties in question may have of it" (*Ramirez*, page 318).

[5] Applying this jurisprudence in its second decision, the Governor in Council asked whether "there was evidence permitting a finding that Oberlander could be suspected of being complicit in the activities of a limited and brutal purpose organization" [see: 2008 FC 1200, [2009] 3 F.C.R. 358, at paragraph 19]. The Governor in Council went on to find that the appellant was a member of Ek 10a and that through such membership he "could be suspected of being complicit in the activities of a limited and brutal purpose organization".

II. Le contexte de l'appel

[3] À cette étape, il est utile d'expliquer les circonstances très particulières de cet appel devant la Cour.

[4] Comme il a été expliqué précédemment, dans la deuxième décision de 2007 révoquant la citoyenneté de l'appellant, le gouverneur en conseil a conclu que l'appellant était complice des crimes de guerre commis par l'unité Ek 10a. Pour rendre cette décision, le gouverneur en conseil s'est appuyé sur les critères légaux pour déterminer s'il y a complicité formulés par la Cour dans l'arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 R.C.F. 306. Dans cet arrêt, la Cour a conclu que « personne ne peut avoir "commis" des crimes internationaux sans qu'il n'y ait eu un certain degré de participation personnelle et consciente » (arrêt *Ramirez*, page 317). Dans le cadre de sa réflexion sur le degré de complicité requis pour être considéré comme un complice ou un instigateur, la Cour a conclu que « la simple appartenance à une organisation qui commet sporadiquement des infractions internationales ne suffit pas, en temps normal, pour exclure quelqu'un de l'application des dispositions relatives au statut de réfugié » (arrêt *Ramirez*, page 317). Cela dit, la Cour a ajouté la mise en garde suivante : « lorsqu'une organisation vise principalement des fins limitées et brutales [...] il paraît évident que la simple appartenance à une telle organisation puisse impliquer nécessairement la participation personnelle et consciente à des actes de persécution » (arrêt *Ramirez*, page 317). Par conséquent, la complicité par association se fonde sur « l'existence d'une intention commune et de la connaissance que toutes les parties en cause en ont » (arrêt *Ramirez*, page 318).

[5] En appliquant cette jurisprudence dans sa deuxième décision, le gouverneur en conseil voulait savoir « s'il existait une preuve permettant de conclure que M. Oberlander pouvait être soupçonné d'avoir été complice des activités d'une organisation dont la seule raison d'être était de perpétrer des actes de brutalité » [voir : 2008 CF 1200, [2009] 3 R.C.F. 358, au paragraphe 19]. Le gouverneur en conseil a ensuite conclu que l'appellant était membre de l'unité Ek 10a et qu'en raison du fait qu'il ait été membre, il « pouvait être soupçonné d'avoir été complice des activités d'une organisation dont

[6] In upholding the Governor in Council’s finding of complicity, this Court also applied *Ramirez*, stating the law to be that membership in a limited brutal purpose organization creates a presumption of complicity which can be rebutted by evidence that there was no knowledge of the organization’s purpose or no direct or indirect involvement in its acts (2009 FCA 330, at paragraph 18). Based on findings of fact made by Justice MacKay, the Court found the appellant had not rebutted the presumption of complicity: the appellant had knowledge of the functions of Ek 10a and had indirectly served its purpose (2009 FCA 330, at paragraphs 21 and 22).

[7] Subsequent to the decision of the Governor in Council finding the appellant to have been complicit in the activities of Ek 10a, and the decision of this Court upholding the reasonableness of the Governor in Council’s decision on complicity, the Supreme Court of Canada found it necessary to rearticulate the test relevant to determinations of complicity: *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678. In the view of the Supreme Court, while international law recognizes a broad concept of complicity, “individuals will not be held liable for crimes committed by a group simply because they are associated with that group, or because they passively acquiesced to the group’s criminal purpose” (*Ezokola*, at paragraph 68). Thus, to be complicit, “there must be serious reasons for considering” that the person concerned “voluntarily made a significant and knowing contribution to the organization’s crime or criminal purpose” (*Ezokola*, at paragraph 84).

III. The Decision of the Federal Court

[8] In dismissing the appellant’s application for judicial review, the Federal Court made four key findings.

la seule raison d’être était de perpétrer des actes de brutalité ».

[6] En maintenant la conclusion de complicité du gouverneur en conseil, la Cour a également suivi la jurisprudence *Ramirez*, selon laquelle l’appartenance à une organisation dont la seule raison d’être est de perpétrer des actes de brutalité crée une présomption de complicité qui peut être réfutée par une preuve d’absence de connaissance de l’objectif de l’organisation ou d’absence de participation directe ou indirecte aux actes de l’organisation (2009 CAF 330, au paragraphe 18). En se fondant sur les conclusions de fait rendues par le juge MacKay, la Cour a conclu que l’appelant n’avait pas réfuté la présomption de complicité : l’appelant connaissait le rôle de l’unité Ek 10a et l’a indirectement aidé à atteindre ses objectifs (2009 CAF 330, aux paragraphes 21 et 22).

[7] À la suite de la décision du gouverneur en conseil, qui a conclu que l’appelant avait été complice des activités de l’unité Ek 10a, et de la décision de la Cour de maintenir le caractère raisonnable de la décision du gouverneur en conseil relativement à la complicité, la Cour suprême du Canada a établi qu’il était nécessaire de reformuler le critère relatif à la détermination de la complicité : arrêt *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678. De l’avis de la Cour suprême, même si le droit international reconnaît les contours d’un concept général de complicité, « une personne n’est pas tenue responsable du crime commis par un groupe seulement parce qu’elle est associée à ce groupe ou qu’elle a passivement acquiescé à son dessein criminel » (arrêt *Ezokola*, au paragraphe 68). Donc, pour être complice, « il doit exister des raisons sérieuses de penser » que la personne concernée a « volontairement contribué de manière significative et consciente aux crimes ou au dessein criminel d’une organisation » (arrêt *Ezokola*, au paragraphe 84).

III. Décision de la Cour fédérale

[8] En rejetant la demande de contrôle judiciaire de l’appelant, la Cour fédérale a tiré quatre principales conclusions.

[9] First, the Federal Court found that with respect to the issue of complicity, all of the pre-conditions for issue estoppel were met: the complicity issue was previously decided by this Court; the decision of this Court was final; and, the parties to the proceedings were the same (reasons, paragraph 96).

[10] Second, the Federal Court found the appellant did not establish grounds that would allow it to exercise its discretion to return the issue of complicity for reconsideration (reasons, paragraph 113).

[11] Next, the Federal Court found the process was procedurally fair to the appellant (reasons, paragraph 204).

[12] Finally, the Federal Court found the decision of the Governor in Council in respect of duress was reasonable (reasons, paragraph 231).

IV. The Issue on Appeal

[13] While the appellant challenges each of the above findings of the Federal Court, in my view, one issue is determinative: did the Federal Court err in principle by concluding that the appellant had not established grounds sufficient to allow it to exercise its discretion to remit the issue of complicity for redetermination?

V. Standard of Review

[14] The decision of the Federal Court as to the exercise of its discretion is one that should be afforded deference. However, this Court may intervene if the discretion is exercised on the basis of an erroneous principle (*Canadian Imperial Bank of Commerce v. Green*, 2015 SCC 60, [2015] 3 S.C.R. 801, at paragraph 95; citing *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217, at paragraph 54).

[9] Premièrement, la Cour fédérale a conclu qu'en ce qui concerne la question de la complicité, tous les critères relatifs à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont remplis : la question de la complicité a été décidée précédemment par la Cour, la décision de la Cour était définitive; les parties aux instances sont les mêmes (motifs, paragraphe 96).

[10] Deuxièmement, la Cour fédérale a conclu que l'appelant n'a pas fait la preuve de motifs qui lui permettraient d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour renvoyer la question de la complicité afin qu'elle fasse l'objet d'un nouvel examen (motifs, paragraphe 113).

[11] Troisièmement, la Cour fédérale a conclu qu'il n'y avait pas eu manquement à l'équité procédurale à l'égard de l'appelant (motifs, paragraphe 204).

[12] Finalement, la Cour fédérale a conclu que la décision du gouverneur en conseil quant à la contrainte était raisonnable (motifs, paragraphe 231).

IV. La question en litige

[13] Bien que l'appelant conteste chacune des conclusions précitées de la Cour fédérale, il y a, à mon avis, une question déterminante : la Cour fédérale a-t-elle commis une erreur de principe en concluant que l'appelant n'avait pas fait la preuve de motifs suffisants qui lui permettraient d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour renvoyer la question de la complicité afin qu'elle fasse l'objet d'un nouvel examen?

V. La norme de contrôle

[14] La décision de la Cour fédérale d'exercer son pouvoir discrétionnaire est une décision à l'égard de laquelle il faut faire preuve de déférence. Toutefois, la Cour peut intervenir si la Cour fédérale exerce son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur un principe erroné (arrêt *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Green*, 2015 CSC 60, [2015] 3 R.C.S. 801, au paragraphe 95; citant l'arrêt *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217, au paragraphe 54).

VI. Application of the Standard of Review

[15] The Federal Court’s analysis of the issue of the exercise of discretion is found in paragraphs 104 to 113 of its reasons. The Court began by acknowledging that even where the criteria for issue estoppel are met, “the Court retains a residual discretion to determine that the doctrine should not be applied where, taking into account the entirety of the circumstances, this could lead to an injustice” (reasons, paragraph 104).

[16] After discussing the principles said to apply to the exercise of discretion, the Court correctly noted that the overarching consideration is whether the interests of justice require the exercise of discretion. Citing *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at paragraph 80, the Court noted that it was required to “stand back and, taking into account the entirety of the circumstances, consider whether the application of issue estoppel in the particular case would work an injustice” (reasons, paragraph 109).

[17] The Court then gave two reasons why the interests of justice did not require relitigation of the complicity issue. First, the appellant failed to challenge this Court’s application of *Ramirez* when it upheld the decision that found him to have been complicit in war crimes. The Federal Court found no injustice arose when the appellant chose not to avail himself of that opportunity (reasons, paragraph 111). Second, the appellant failed to establish that the decision finding him complicit was “clearly wrong” (reasons, paragraph 112).

[18] In my respectful view, missing from the Federal Court’s analysis was consideration of the impact of maintaining the previous finding of complicity in circumstances where that finding was directly related to the current determination of duress.

[19] The link between duress and complicity is well-settled at law. This is so because the defence of duress

VI. Application de la norme de contrôle

[15] L’analyse de la question de l’exercice du pouvoir discrétionnaire effectuée par la Cour fédérale se trouve aux paragraphes 104 à 113 de ses motifs. La Cour fédérale a commencé en reconnaissant que, même lorsque les critères de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée sont remplis, « la Cour conserve le pouvoir discrétionnaire résiduel de déterminer que le principe ne devrait pas s’appliquer lorsque, compte tenu de l’ensemble des circonstances, il pourrait en résulter une injustice » (motifs, paragraphe 104).

[16] Après avoir discuté des principes à appliquer pour l’exercice du pouvoir discrétionnaire, la Cour fédérale a correctement signalé que l’élément le plus important à considérer est de savoir si l’exercice du pouvoir discrétionnaire est dans l’intérêt de la justice. Citant l’arrêt *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, au paragraphe 80, la Cour fédérale a mentionné qu’elle doit « prendre un certain recul et, eu égard à l’ensemble des circonstances, se demander si, dans l’affaire dont elle est saisie, l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée entraînerait une injustice » (motifs, paragraphe 109).

[17] La Cour fédérale a ensuite donné deux raisons pour lesquelles l’intérêt de la justice n’exige pas que la question de la complicité soit débattue à nouveau. D’abord, l’appelant n’a pas contesté l’application par la Cour de la jurisprudence *Ramirez* lorsqu’elle a confirmé la décision qu’il avait été complice de crimes de guerre. La Cour fédérale a conclu qu’il n’y avait pas d’injustice lorsque l’appelant a choisi de ne pas se prévaloir de cette possibilité (motifs, paragraphe 111). Ensuite, l’appelant n’a pas établi que la décision selon laquelle il avait été complice était [TRADUCTION] « manifestation erronée » (motifs, paragraphe 112).

[18] À mon humble avis, dans l’analyse de la Cour fédérale, il manque l’examen de l’incidence de maintenir la conclusion antérieure de la complicité dans les circonstances où cette conclusion était directement liée à la détermination actuelle de la contrainte.

[19] Le lien entre la contrainte et la complicité est bien établi en droit. Il en est ainsi parce que la défense de la

requires proportionality between the harm threatened against the person concerned and the harm inflicted by that person—whether directly or through complicity (see, for example, *Ramirez*, at pages 327 and 328; *R. v. Ryan*, 2013 SCC 3, [2013] 1 S.C.R. 14, at paragraphs 53 to 55 and 70 to 74).

[20] In the decision under review, the Governor in Council considered the requirement of proportionality, noting that:

- (i) The potential harm the appellant would have faced by attempting to protest or disobey an order must be more serious than the harm to the victims brought about by the appellant's actions (reasons, paragraph 47).
- (ii) Justice MacKay found that the Ek 10a was a killing squad. Thus, the appellant was required to show that he feared death in order to justify his complicity in the actions of the killing squad (reasons, paragraph 48).
- (iii) The record did not support a conclusion that the appellant faced a risk of execution. "To suggest that an unsubstantiated risk of harm is no less than the atrocities of the Nazi regime is abhorrent" (reasons, paragraph 56).

[21] As explained above, in *Ezokola* the Supreme Court renounced a test for complicity that had "inappropriately shifted its focus towards the criminal activities of the group and away from the individual's contribution to that criminal activity" (*Ezokola*, paragraph 79). As the Court noted, "a concept of complicity that leaves any room for guilt by association or passive acquiescence violates two fundamental criminal law principles" (*Ezokola*, paragraph 81).

[22] In this circumstance, I am satisfied that the application of issue estoppel worked an injustice to the appellant such that the Federal Court erred in principle in applying the doctrine. The appellant was entitled to a determination of the extent to which he made a significant and knowing contribution to the crime or criminal purpose

contrainte exige une proportionnalité entre le préjudice dont la personne concernée est menacée et celui qu'elle inflige, directement ou par complicité (consulter, par exemple, l'arrêt *Ramirez*, aux pages 327 et 328, et l'arrêt *R. c. Ryan*, 2013 CSC 3, [2013] 1 R.C.S. 14, aux paragraphes 53 à 55 et 70 à 74).

[20] Dans la décision faisant l'objet du contrôle, le gouverneur en conseil a pris en compte l'exigence de la proportionnalité, signalant que :

- i) Le préjudice potentiel auquel l'appelant aurait fait face en tentant de protester ou de désobéir à un ordre doit être plus grave que le préjudice infligé aux victimes par les actes de l'appelant (motifs, paragraphe 47).
- ii) Le juge MacKay a conclu que l'unité Ek 10a était un escadron de la mort. Par conséquent, l'appelant devait démontrer qu'il avait peur de mourir pour justifier sa complicité avec les actes de l'escadron de la mort (motifs, paragraphe 48).
- iii) Le dossier n'appuyait pas une conclusion selon laquelle l'appelant était exposé à un risque d'exécution. [TRADUCTION] « Suggérer qu'un risque de préjudice non fondé n'est pas inférieur aux atrocités commises par le régime nazi est répugnant » (motifs, paragraphe 56).

[21] Comme il a été expliqué précédemment, dans l'arrêt *Ezokola*, la Cour suprême a renoncé au critère de la complicité qui « s'était attaché indûment aux activités criminelles du groupe plutôt qu'à la contribution de l'individu à ces activités criminelles » (arrêt *Ezokola*, au paragraphe 79). Comme la Cour suprême l'a souligné, « la complicité susceptible de s'entendre de la culpabilité par association ou de l'acquiescement passif va à l'encontre de deux principes fondamentaux du droit pénal » (arrêt *Ezokola*, au paragraphe 81).

[22] Dans ces circonstances, je suis d'avis que l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a causé une injustice à l'appelant de sorte que la Cour fédérale a commis une erreur de principe en appliquant la doctrine. L'appelant avait le droit de recevoir une décision sur la mesure dans laquelle il a

of the Ek 10a. Only then could a reasonable determination be made as to whether whatever harm he faced was more serious than the harm inflicted on others through his complicity.

VII. Conclusion

[23] For these reasons, I would allow the appeal and set aside the judgment of the Federal Court, with costs both in this Court and the Federal Court. Pronouncing the judgment that should have been made, I would remit the issues of complicity and duress to the Governor in Council for redetermination in accordance with the law.

NEAR J.A.: I agree.

BOIVIN J.A.: I agree.

contribué de manière significative et consciente aux crimes ou au dessein criminel de l'unité Ek 10a. Alors seulement pourra-t-on déterminer, de façon raisonnable, si le préjudice auquel il était confronté était plus grave que le préjudice infligé aux autres par sa complicité.

VII. Conclusion

[23] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel et j'infirmes le jugement de la Cour fédérale, avec dépens tant de notre Cour que de la Cour fédérale. En prononçant le jugement qui aurait dû être rendu, je renverrais les questions de la complicité et de la contrainte au gouverneur en conseil pour nouvel examen conformément au droit.

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

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