



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2010, Vol. 2, Part 1

2010, Vol. 2, 1^{er} fascicule

Cited as [2010] 2 F.C.R., 3–188

Renvoi [2010] 2 R.C.F., 3–188

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP/S.E.N.C.R.L., s.r.l.

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

SUZANNE THIBAUDEAU, Q.C./c.r., Heenan Blaikie LLP/S.E.N.C.R.L., SRL

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., B.F.A., LL.B.

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

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., BFA, LL.B.

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, CLAUDE PROVENCHER, LL.B., MBA, Commissioner.

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2010.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2010.

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.

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.

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.

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

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

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 or 1-800-635-7943.

Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Linda Brunet, Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3.

All judgments and digests published in the Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://www.fja-cmf.gc.ca>

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

Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à Les Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 0S5, téléphone 613-941-5995 ou 1-800-635-7943.

Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à : Linda Brunet, Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3.

Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des décisions des Cours fédérales peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant : <http://www.cmf-fja.gc.ca>

CONTENTS

Appeals noted	I
Announcement	II
Judgments	3–188
Digests	D-1

A. B. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.)	75
---	-----------

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Persons in Need of Protection—Judicial review of pre-removal risk assessment officer's conclusion applicant not described in *Immigration and Refugee Protection Act*, ss. 96, 97(1)(a),(b), not meeting definition of protected person—Applicant, Iranian, claiming refugee status in Canada based on political opinion but claim rejected—In pre-removal risk assessment (PRRA) application, applicant including rejection of Islam as new risk, indicating fearing treatment that might await him if returned to Iran—Whether PRRA officer misstating issue, applying proper test—Unquestionable that citizen of Iran who rejects Islam put at risk if returned to Iran—Even assuming individual who has rejected Islam, if required to return to Iran, remaining discreetly silent on rejection, person may well

SOMMAIRE

Appels notés	I
Annonce	II
Jugements	3–188
Fiches analytiques	F-1

A. B. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.F.)	75
--	-----------

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Personnes à protéger—Contrôle judiciaire de la conclusion de l'agent d'examen des risques avant renvoi portant que le demandeur ne répondait pas à la description figurant aux art. 96 et 97(1)(a) et b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ni à la description de personne à protéger—Le demandeur, un Iranien, a demandé l'asile au Canada du fait de ses opinions politiques, mais sa demande a été rejetée—Dans sa demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR), le demandeur a fait mention d'un nouveau risque, soit le rejet de l'Islam, et a précisé qu'il craignait le traitement qui pourrait lui être réservé s'il était renvoyé en Iran—Il s'agissait de savoir si l'agent d'ERAR a mal formulé la question en litige et a appliqué le bon critère—Il ne fait aucun doute qu'un citoyen de l'Iran qui

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

remain at risk of persecution if person's rejection coming to state authorities' attention—PRRA officer not addressing that risk—Therefore, officer's failure to address appropriate test regarding risk of persecution, risk resulting in applicant being person in need of protection constituting reviewable error—Application allowed.

Almrei (Re) (F.C.) 165

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Security Certificate—Whether *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui 2*), para. 62 requiring designated judge verify all information disclosed if agreement between ministers, special advocates that some information irrelevant; whether information disclosed to persons named in security certificates, counsel thereof should be placed on Court's public files—Situation herein different from that in *Charkaoui 2*—Special advocate having means to protect interests of named person by, inter alia, identifying irrelevant information, evidence—Therefore not necessary for Court to verify all information disclosed—Open court principle not applying to information disclosed, produced in course of litigation, but not put into evidence—As such, no need to place information not relied upon by ministers, not produced as evidence, on Court's public files—However, summaries of information provided, relied upon by ministers required to be placed on Court's public files.

Judges and Courts—Role of designated judge when parties agreeing information disclosed pursuant to *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 may be released to person named in security certificate—*Immigration and Refugee Protection Act*, s. 83(1)(d) requiring judge ensure information relied upon, provided by Minister remain confidential if disclosure injurious to national security, endangering safety of person—Plain reading of Act revealing judge must fulfill that obligation before releasing information to named person—In some

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

rejette l'Islam est exposé à des risques s'il est renvoyé en Iran—Même si on suppose qu'une personne qui a rejeté l'Islam et qui est obligée de retourner en Iran ne fera aucune mention de ce rejet, cette personne pourrait faire l'objet de persécution si les circonstances étaient telles que les autorités de l'État apprenaient qu'elle a rejeté l'Islam—L'agent d'ERAR n'a pas pris ce risque en compte—En conséquence, l'omission de l'agent de tenir compte du critère pertinent concernant le risque de persécution ou le risque que le demandeur devienne une personne à protéger constituait une erreur susceptible de révision—Demande accueillie.

Almrei (Re) (C.F.) 165

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Certificat de sécurité—Il s'agissait de savoir si le paragraphe 62 de *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (*Charkaoui 2*), exige que le juge désigné vérifie tous les renseignements communiqués si les ministres et les avocats spéciaux conviennent qu'une partie des renseignements n'est pas pertinente; il s'agissait de savoir si les renseignements communiqués aux personnes visées par les certificats de sécurité et à leurs avocats devraient être versés dans les dossiers publics de la Cour—La situation en l'espèce était différente de celle dans *Charkaoui 2*—L'avocat spécial est en mesure de défendre les intérêts de la personne visée par le certificat de sécurité en déterminant, notamment, les renseignements ou d'autres éléments de preuve qui ne sont pas pertinents—La Cour n'était donc pas tenue de vérifier tous les renseignements communiqués—Le principe de la publicité des débats judiciaires ne s'applique pas aux renseignements divulgués ou produits au cours d'un litige, mais non présentés en preuve—Ainsi, il n'est pas nécessaire de verser les renseignements qui n'ont pas été invoqués par les ministres ni mis en preuve dans les dossiers publics de la Cour—Cependant, il faut verser les résumés de l'information que les ministres ont fournie et utilisée dans les dossiers publics de la Cour.

Juges et tribunaux—Rôle du juge désigné lorsque les parties conviennent que la présentation exigée conformément à *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 peut être communiquée à une personne visée par un certificat de sécurité—L'art. 83(1)d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* exige que le juge garantisse la confidentialité des renseignements que lui fournit le ministre et que ce dernier utilise et dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui—Il appert d'une simple lecture de la Loi que le juge

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

circumstances where intervention required for justice to be done, judge may raise concerns about documents, issues.

Democracy Watch v. Campbell (F.C.A.) 139

Ethics—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Registrar of Lobbyists’ decision dismissing appellant’s complaint—Respondent Campbell, registered to lobby Department of Finance, hosting fundraising dinner for re-election of Secretary of State (International Financial Institutions)—Appellant alleging breach of *Lobbyists’ Code of Conduct*, Rule 8 (conflict of interest)—Issue whether grounds to intervene with respect to Registrar’s interpretation of Rule 8—Concept of conflict of interest in Rule 8 intimately bound to problem of divided loyalties, conflicting obligations—Ethics Counsellor’s reading of Rule 8 on which Registrar relying deeply flawed—Finding Rule 8 not prohibiting lobbyists from placing public office holders in conflict of interest so long as no activities proposed, undertaken that would amount to improper influence—Rule against conflicts of interest rule against possibility public office holder may prefer private interests to public interests—Improper influence must be assessed in context of conflict of interest—Public officer’s private interest constituting improper influence to which Rule 8 referring—Registrar’s interpretation of Rule 8 unreasonable—Appeal allowed.

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Registrar of Lobbyists’ decision dismissing appellant’s complaint—Appellant alleging breach of *Lobbyists’ Code of Conduct*, Rule 8 (conflict of interest)—Federal Court’s standard of review analysis not distinguishing between Registrar’s decision on merits of complaint, interpretation of Rule 8—Misconstruing nature of problem since failing to examine separately whether Registrar’s interpretation of Rule 8 reasonable, thus committing error of law.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

doit se conformer à cette obligation avant de communiquer des renseignements à la personne visée—Dans des situations où une intervention s’impose pour que justice soit rendue, le juge peut soulever des préoccupations concernant des documents ou des questions à trancher.

Démocratie en surveillance c. Campbell (C.A.F.) 139

Éthique—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l’appelante à l’égard du rejet de sa plainte par le directeur des lobbyistes—L’intimé Campbell, enregistré comme lobbyiste auprès du ministère des Finances, a organisé un souper-bénéfice dans le cadre de la campagne de réélection du secrétaire d’État (institutions financières internationales)—L’appelante affirmait qu’il avait enfreint la règle 8 (conflits d’intérêts) du *Code de déontologie des lobbyistes*—Il s’agissait de savoir s’il existait des motifs justifiant de modifier l’interprétation de la règle 8 faite par le directeur—La notion de conflit d’intérêts à la règle 8 est étroitement liée à la notion d’intérêts divergents ou d’obligations contradictoires—L’interprétation qu’a faite le conseiller en éthique de la règle 8, que le directeur a invoquée, constituait une grave erreur—Il a conclu que la règle 8 n’interdit pas aux lobbyistes de placer les titulaires d’une charge publique en situation de conflit d’intérêts, tant qu’ils ne proposent pas ou ne prennent pas d’action qui constituerait une influence répréhensible—La règle interdisant les conflits d’intérêts vise à empêcher que des titulaires de charges publiques fassent passer leurs intérêts personnels avant ceux de la population—L’influence répréhensible doit être examinée dans le cadre du conflit d’intérêts—L’intérêt privé du titulaire d’une charge publique est l’influence répréhensible à laquelle la règle 8 se réfère—L’interprétation qu’a faite le directeur de la règle 8 était déraisonnable—Appel accueilli.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle judiciaire—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l’appelante à l’égard du rejet de sa plainte par le directeur des lobbyistes—L’appelante affirmait qu’il y avait eu infraction à la règle 8 (conflits d’intérêts) du *Code de déontologie des lobbyistes*—L’analyse relative à la norme de contrôle effectuée par la Cour fédérale n’a pas distingué entre la décision du directeur sur le bien-fondé de la plainte et son interprétation de la règle 8—La Cour a mal interprété la nature du problème parce qu’elle n’a pas examiné séparément la question de savoir si l’interprétation qu’a faite le directeur de la règle 8 était raisonnable; il s’agissait donc d’une erreur de droit.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Kainth v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 31

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Permanent Residents—Judicial review of decision of Immigration Appeal Division (IAD) of Immigration and Refugee Board confirming order for applicant’s removal to India pursuant to breach of residency obligation set out at *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 28—Applicant interviewed by port of entry (POE) officer in Canada who issued IRPA, s. 44(1) report, removal order—Applicant kept for several hours in locked waiting room at airport during process—IAD correctly finding POE officer not breaching duty of fairness—Necessary factors considered, applied to facts of case—POE officer’s decision purely administrative, not having final effect on applicant—No basis for applicant to expect delay between issuance of s. 44(1) report, issuance of removal order to allow for filing of refugee claim—POE officer fulfilling duties during process by explaining purpose of inquiry, concerns, possible effects of report, etc.—Duty of fairness including minimal participatory rights in present case—IAD also correct in finding POE officer reasonably inferred applicant not facing particular danger in India, not having duty to ask applicant whether wanting to make refugee claim—Application dismissed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Arrest, Detention, Imprisonment—Port of entry (POE) officer in Canada issuing *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 44(1) report, removal order against applicant—Applicant kept for several hours in locked waiting room at airport during process—Immigration Appeal Division (IAD) of Immigration and Refugee Board finding *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 10(b) not breached—That decision reasonable, correct—IAD understanding legal test to apply, relying heavily on Supreme Court of Canada’s decision in *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* setting out applicable principles, analysis for determining whether situation falling within ambit of Charter, s. 10(b)—Charter, s. 10 ensuring person made aware of right to counsel in certain situations—Contextual approach adopted to determine whether applicant in such situation—Not unusual to conduct

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Kainth c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) 31

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de résidents permanents—Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle la Section d’appel de l’immigration (SAI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a confirmé la mesure ordonnant le renvoi du demandeur en Inde pour manquement à son obligation de résidence prescrite par l’art. 28 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR)—Le demandeur a été interrogé par une agente au point d’entrée (PDE) qui a établi un rapport au titre de l’art. 44(1) de la LIPR et a pris une mesure de renvoi—Le demandeur a dû attendre dans une salle d’attente verrouillée à l’aéroport pendant plusieurs heures—La SAI a statué à juste titre que l’agente au PDE n’avait pas manqué à l’obligation d’agir équitablement—Les facteurs nécessaires ont été pris en compte et appliqués aux faits de l’affaire—La décision de l’agente au PDE était purement administrative et elle n’était pas définitive—Aucun fondement ne permettait au demandeur de s’attendre à un délai entre la délivrance du rapport établi en vertu de l’art. 44(1) et la prise de la mesure de renvoi pour qu’il ait le temps de présenter une demande d’asile—L’agente au PDE s’est acquittée de ses obligations pendant le processus en expliquant le but de son enquête, ses préoccupations et les conséquences pouvant découler de son rapport, etc.—Les droits de participation inclus dans l’obligation d’agir équitablement en l’espèce étaient minimaux—De même, la SAI a conclu à juste titre que l’agente au PDE pouvait raisonnablement déduire que le demandeur ne risquait aucun danger particulier en Inde et elle n’avait aucune obligation de lui demander s’il comptait présenter une demande d’asile—Demande rejetée.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Arrestation, détention, emprisonnement—L’agente au point d’entrée (PDE) au Canada a établi un rapport au titre de l’art. 44(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) et a pris une mesure de renvoi contre le demandeur—Le demandeur a dû attendre dans une salle d’attente verrouillée à l’aéroport pendant plusieurs heures—La Section d’appel de l’immigration (SAI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a conclu qu’il n’y avait pas eu manquement à l’art. 10(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*—Cette décision était raisonnable et correcte—La SAI a compris le critère juridique à appliquer et s’est considérablement appuyée sur la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Dehghani c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, qui énonce les principes applicables et décrit l’analyse à laquelle il faut procéder pour décider si une situation particulière s’inscrit

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

examinations of permanent residents at port of entry—POE officer notifying applicant’s counsel of desire to proceed with examination at airport—Counsel not requesting adjournment, need to confer with applicant—Although applicant placed in locked waiting room during part of process, could have asked to be moved to another area—Based on evidence, not put in “cell”—Applicant failing to establish s. 10(b) Charter right breached.

Monsanto Canada Inc. v. Rivett (F.C.) 93

Patents—Infringement—Accounting of profits resulting from infringement of plaintiffs’ patent for glyphosate-resistant plants, sold in Canada under trademark ROUNDUP READY—Defendant infringing patent by planting ROUNDUP READY soybeans, harvesting, selling resulting crop—Differential profit approach, requiring Court compare profits made by infringer attributable to invention and profits infringer would have made had best non-infringing option been used, applied in present case—Approach requiring determining whether non-infringing alternative exists to compare profits—Conventional soybean seed used as appropriate comparator herein—Defendant entitled to deduct legitimate, proved expenses from gross revenues made from infringement—Causal connection between profits made, infringement established—Amount of profits to be disgorged \$40 137,94, defendant required to pay prejudgment interest thereon.

Prévost Car Inc. v. Canada (F.C.A.) 65

Income Tax—International tax treaties—*Convention between Canada and the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*—Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision finding beneficial owner of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ou non dans le champ d’application de l’art. 10b) de la Charte—L’art. 10 de la Charte vise à assurer que, dans certaines situations, une personne soit informée de son droit à l’assistance d’un avocat—Une méthode contextuelle a été adoptée pour déterminer si le demandeur se trouvait dans une situation de cette nature—Il n’est pas inhabituel de soumettre les résidents permanents, dès l’arrivée au PDE, au contrôle—L’agente au PDE a informé l’avocat du demandeur qu’elle avait l’intention de procéder au contrôle à l’aéroport—L’avocat n’a pas demandé d’ajournement ou donné à entendre qu’il devait consulter le demandeur—Même si le demandeur a été placé dans une salle d’attente verrouillée pendant une partie du processus, il aurait pu demander d’être déménagé dans une autre zone—La preuve démontre qu’il n’a pas été placé dans une « cellule »—Le demandeur n’a pas réussi à établir qu’il y avait eu manquement aux droits que lui reconnaît l’art. 10b) de la Charte.

Monsanto Canada Inc. c. Rivett (C.F.) 93

Brevets—Contrefaçon—Restitution des bénéfices découlant de la contrefaçon du brevet des demandresses visant des plantes résistant au glyphosate; l’invention est vendue au Canada sous la marque de commerce ROUNDUP READY—Le défendeur a contrefait le brevet en plantant du soja ROUNDUP READY, en le moissonnant et en vendant la récolte—La méthode du profit différentiel, qui requiert de la Cour qu’elle compare les profits réalisés par le contrefacteur du fait de l’invention et ceux qu’il aurait réalisés en recourant à la meilleure solution non contrefaisante a été appliquée en l’espèce—La méthode requiert que l’on tranche la question de savoir s’il existe une solution de substitution pour comparer les profits—Les graines de soja conventionnelles ont été utilisées comme comparateur approprié en l’espèce—Le défendeur avait le droit de déduire ses dépenses prouvées et légitimes du revenu brut tiré de la contrefaçon—Un lien causal a été établi entre les profits réalisés et la contrefaçon—Le montant des profits à restituer était de 40 137,94 \$, et le défendeur devait payer des intérêts avant jugement sur ce montant.

Prévost Car Inc. c. Canada (C.A.F.) 65

Impôt sur le revenu—Traités fiscaux internationaux—*Convention entre le Canada et le Royaume des Pays-Bas en vue d’éviter les doubles impositions et de prévenir l’évasion fiscale en matière d’impôts sur le revenu*—Appel d’une décision de la Cour canadienne de l’impôt (la C.C.I.) portant

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

dividends paid by respondent Dutch corporation, shareholder of respondent—Dutch corporation receiving dividends from respondent, then paying similar amount of dividends to corporate shareholders, residents of Sweden, U.K.—Respondent’s rate of withholding under Convention 5%, but higher if beneficial owner Swedish, British shareholders—T.C.C. correctly interpreting term “beneficial owner”—Appeal dismissed.

Construction of Statutes—Interpretation of term “beneficial owner” in *Convention between Canada and the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*, Art. 10, para. 2—Judge examining ordinary, technical, legal meanings of “beneficial owner”, relying on Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) Commentaries—OECD Commentaries acceptable guides in interpreting, applying bilateral conventions—Judge capturing essence of term “beneficial owner”.

Seyoboka v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 3

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Refugees—Judicial review of decision of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (Tribunal) dismissing applicant’s motion to reopen claim for refugee protection after applicant’s refugee status vacated—Applicant not disclosing involvement in Rwandan military (FAR) during genocide—Also allegedly killing neighbour—Rwandan acquaintances making exculpatory statements to RCMP regarding applicant’s involvement in murder—Applicant alleging duty to disclose breached in present case since exculpatory statements not disclosed before vacation proceedings—For purposes of disclosure, government agencies, RCMP divisible; each agency conducting separate investigations against applicant for administrative, criminal law purposes—Even if respondent having duty to disclose exculpatory statements, applicant waiving this right by waiting too long before raising issue—Tribunal’s finding in this regard thus reasonable—Tribunal’s decision undisclosed information not determinative in this case also reasonable as applicant would still be excluded for crimes against humanity regardless of exclusion for murder—Four questions certified regarding respondent’s duty to disclose all relevant evidence in judicial

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

que le bénéficiaire effectif de dividendes versés par l’intimée était une société hollandaise et un actionnaire de l’intimée—La société hollandaise recevait des dividendes de l’intimée, puis versait des dividendes pour un montant à peu près identique à ses actionnaires, des sociétés résidentes de la Suède et du Royaume-Uni—Le taux applicable aux retenues d’impôt de l’intimée en vertu de la Convention était de 5 %, mais il serait plus élevé si les actionnaires suédois ou britannique étaient les bénéficiaires effectifs—La C.C.I. a interprété à juste titre l’expression « bénéficiaire effectif »—Appel rejeté.

Interprétation des lois—Interprétation de l’expression « bénéficiaire effectif » utilisée à l’art. 10(2) de la *Convention entre le Canada et le Royaume des Pays-Bas en vue d’éviter les doubles impositions et de prévenir l’évasion fiscale en matière d’impôts sur le revenu*—Le juge a scruté les sens courant, technique et en droit de l’expression « bénéficiaire effectif », se fondant sur les Commentaires de l’Organisation de coopération et de développement économiques (l’OCDE)—Les Commentaires de l’OCDE constituent un guide acceptable en matière d’application et d’interprétation de conventions bilatérales—Le juge a saisi l’essence de l’expression « bénéficiaire effectif ».

Seyoboka c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) 3

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de réfugiés—Contrôle judiciaire d’une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (le Tribunal) rejetant la requête du demandeur en réouverture de sa demande d’asile après l’annulation de la reconnaissance de son statut—Le demandeur n’avait pas indiqué qu’il avait fait partie de l’armée rwandaise (les FAR) durant le génocide—Il aurait aussi tué sa voisine—Des connaissances rwandaises avaient fait des déclarations disculpatoires à la GRC quant à la participation du demandeur au meurtre—Le demandeur affirmait qu’il y a eu manquement à l’obligation de divulguer en l’espèce parce que les déclarations disculpatoires n’ont pas été divulguées avant la procédure d’annulation de la reconnaissance du statut—On doit faire une distinction entre les organismes gouvernementaux et la GRC en ce qui concerne la divulgation; chaque agence effectuait des enquêtes séparées sur le demandeur à des fins de droit administratif et de droit criminel—Même si le défendeur était tenu de divulguer les déclarations disculpatoires, le demandeur avait renoncé à son droit en attendant trop longtemps avant de soulever la question—La conclusion du Tribunal à cet égard était donc raisonnable—La décision du Tribunal portant que

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

review hearing where exclusion of refugee claimant sought—
Application dismissed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—While disclosure standards applicable in criminal context not necessarily applying automatically in context of refugee hearing, level of disclosure owed to applicant cannot be decided by distinguishing between criminal, administrative proceedings—*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7 requiring fair process having regard to nature of proceedings, interests at stake—Applicant entitled to high degree of procedural fairness in proceeding to vacate refugee status based on alleged omissions of participation in war crimes, crimes against humanity.

SOMMAIRE (Fin)

les renseignements non divulgués n'étaient pas déterminants en l'espèce était aussi raisonnable parce que le demandeur aurait été exclu du fait de crimes contre l'humanité malgré l'exclusion au titre du meurtre—Quatre questions ont été certifiées relativement à l'obligation du défendeur de divulguer tous les éléments de preuve pertinents dans le contexte de l'audience relative au contrôle judiciaire dans le cadre de laquelle l'exclusion du demandeur d'asile a été demandée—Demande rejetée.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Bien que les normes de divulgation applicables dans le contexte du droit criminel ne s'appliquent pas nécessairement automatiquement dans le contexte d'une audience relative à une demande d'asile, le degré de divulgation dû à un demandeur ne peut pas être décidé en opérant tout simplement une distinction entre les instances criminelles et les instances administratives—L'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* exige une procédure équitable eu égard à la nature de l'instance et des intérêts en cause—Le demandeur avait droit à un degré élevé d'équité procédurale dans une procédure en annulation de la reconnaissance de son statut de réfugié en raison de prétendues omissions de sa part quant à sa participation à des crimes de guerre et à des crimes contre l'humanité.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Conacher v. Canada (Prime Minister), T-1500-08, 2009 FC 920, has been affirmed on appeal (A-427-09, 2010 FCA 131). The reasons for judgment, handed down May 25, 2010, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Balogun v. Canada, A-217-09, 2010 FCA 29, Layden-Stevenson J.A., judgment dated January 27, 2010, leave to appeal to S.C.C. refused June 4, 2010.

Canada v. Mennes, A-570-08, 2010 FCA 20, Létourneau J.A., judgment dated January 21, 2010, leave to appeal to S.C.C. refused June 24, 2010.

J. Hudon Enterprises Ltd. v. Canada, A-465-08, 2010 FCA 37, Stratas J.A., judgment dated February 3, 2010, leave to appeal to S.C.C. refused June 17, 2010.

Mennes v. Canada (Attorney General), A-8-10, Létourneau, Noël and Pelletier J.J.A., judgment dated February 4, 2010, leave to appeal to S.C.C. refused June 24, 2010.

Micmac Nation of Gespeg v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development), A-593-07, 2009 FCA 377, Trudel J.A., judgment dated December 22, 2009, leave to appeal to S.C.C. refused June 10, 2010.

Ray v. Canada, A-157-09, 2010 FCA 17, Evans J.A., judgment dated January 19, 2010, leave to appeal to S.C.C. refused June 24, 2010.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Conacher c. Canada (Premier ministre)*, T-1500-08, 2009 CF 920, a été confirmée en appel (A-427-09, 2010 CAF 131). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 25 mai 2010, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Balogun c. Canada, A-217-09, 2010 CAF 29, la juge Layden-Stevenson, J.C.A., jugement en date du 27 janvier 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 4 juin 2010.

Canada c. Mennes, A-570-08, 2010 CAF 20, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 21 janvier 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 24 juin 2010.

J. Hudon Enterprises Ltd. c. Canada, A-465-08, 2010 CAF 37, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 3 février 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 17 juin 2010.

Mennes c. Canada (Procureur général), A-8-10, les juges Létourneau, Noël et Pelletier, J.C.A., jugement en date du 4 février 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 24 juin 2010.

Nation micmac de Gespeg c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), A-593-07, 2009 CAF 377, la juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 22 décembre 2009, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 10 juin 2010.

Ray c. Canada, A-157-09, 2010 CAF 17, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 19 janvier 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 24 juin 2010.

ANNOUNCEMENT

The *Federal Courts Reports* are pleased to announce that in an effort to meet the changing needs of its users, full volumes of the *Federal Courts Reports* are now available on its Web site at: <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/>. The *Federal Courts Reports* continue to be available in print, but you can now access the same content online beginning with [2007], Volume 4, Part 1, including numerous value-added features such as a side by side (French and English) layout, the contents of the volume, and lists of statutes, regulations and cases cited in the volume. These features have never been made available online before. Decisions of the Federal Court of Appeal and of the Federal Court published in the official reports since 1993 are also available on the Web site.

ANNONCE

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est fier de vous annoncer qu'afin de répondre aux besoins et aux attentes de ses usagers, qui sont en constante évolution, une version intégrale du *Recueil des décisions des Cours fédérales* est maintenant disponible sur son site Web à l'adresse suivante : <http://reports.fja-cmf.gc.ca/fra/>. Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est toujours disponible en format imprimé, mais vous pouvez désormais accéder au même contenu en ligne à partir de [2007], volume 4, 1^{er} fascicule. Ces volumes renferment les éléments rédactionnels retrouvés dans la version imprimée tels le format côte à côte (français et anglais), la table des matières du volume, et les listes des lois, règlements et jurisprudence cités dans le volume. Il s'agit de la première fois que ces éléments sont disponibles en ligne. Les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale publiées dans le Recueil depuis 1993 sont aussi disponibles sur le site Web.

**Federal Courts
Reports**

2010, Vol. 2, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2010, Vol. 2, 1^{er} fascicule

IMM-2147-08
2009 FC 104

IMM-2147-08
2009 CF 104

Henri Jean-Claude Seyoboka (*Applicant*)

Henri Jean-Claude Seyoboka (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

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

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

Federal Court, de Montigny J.—Toronto, October 29,
2008; Ottawa, January 30, 2009.

Cour fédérale, juge de Montigny—Toronto,
29 octobre 2008; Ottawa, 30 janvier 2009.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — Judicial review of decision of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (Tribunal) dismissing applicant's motion to reopen claim for refugee protection after applicant's refugee status vacated — Applicant not disclosing involvement in Rwandan military (FAR) during genocide — Also allegedly killing neighbour — Rwandan acquaintances making exculpatory statements to RCMP regarding applicant's involvement in murder — Applicant alleging duty to disclose breached in present case since exculpatory statements not disclosed before vacation proceedings — For purposes of disclosure, government agencies, RCMP divisible; each agency conducting separate investigations against applicant for administrative, criminal law purposes — Even if respondent having duty to disclose exculpatory statements, applicant waiving this right by waiting too long before raising issue — Tribunal's finding in this regard thus reasonable — Tribunal's decision undisclosed information not determinative in this case also reasonable as applicant would still be excluded for crimes against humanity regardless of exclusion for murder — Four questions certified regarding respondent's duty to disclose all relevant evidence in judicial review hearing where exclusion of refugee claimant sought — Application dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (le Tribunal) rejetant la requête du demandeur en réouverture de sa demande d'asile après l'annulation de la reconnaissance de son statut — Le demandeur n'avait pas indiqué qu'il avait fait partie de l'armée rwandaise (les FAR) durant le génocide — Il aurait aussi tué sa voisine — Des connaissances rwandaises avaient fait des déclarations disculpatoires à la GRC quant à la participation du demandeur au meurtre — Le demandeur affirmait qu'il y a eu manquement à l'obligation de divulguer en l'espèce parce que les déclarations disculpatoires n'ont pas été divulguées avant la procédure d'annulation de la reconnaissance du statut — On doit faire une distinction entre les organismes gouvernementaux et la GRC en ce qui concerne la divulgation; chaque agence effectuait des enquêtes séparées sur le demandeur à des fins de droit administratif et de droit criminel — Même si le défendeur était tenu de divulguer les déclarations disculpatoires, le demandeur avait renoncé à son droit en attendant trop longtemps avant de soulever la question — La conclusion du Tribunal à cet égard était donc raisonnable — La décision du Tribunal portant que les renseignements non divulgués n'étaient pas déterminants en l'espèce était aussi raisonnable parce que le demandeur aurait été exclu du fait de crimes contre l'humanité malgré l'exclusion au titre du meurtre — Quatre questions ont été certifiées relativement à l'obligation du défendeur de divulguer tous les éléments de preuve pertinents dans le contexte de l'audience relative au contrôle judiciaire dans le cadre de laquelle l'exclusion du demandeur d'asile a été demandée — Demande rejetée.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — While disclosure standards applicable in criminal context not necessarily applying automatically in context of

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Bien que les normes de divulgation applicables dans le contexte du droit criminel ne s'appliquent pas

refugee hearing, level of disclosure owed to applicant cannot be decided by distinguishing between criminal, administrative proceedings — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 requiring fair process having regard to nature of proceedings, interests at stake — Applicant entitled to high degree of procedural fairness in proceeding to vacate refugee status based on alleged omissions of participation in war crimes, crimes against humanity.

This was an application for judicial review of the decision of the Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (Tribunal) dismissing the applicant's motion to reopen his claim for refugee protection pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The applicant, a Rwandan citizen, successfully claimed refugee status in Canada. However, he failed to mention his membership in the Forces armées rwandaises, the Rwandan military (FAR), during the Rwandan genocide in 1994. It was only after being investigated by government agencies, including the War Crimes Unit of the Department of Citizenship and Immigration and by the RCMP, that the applicant disclosed this information. The applicant subsequently learned that two Rwandan acquaintances of his had been interviewed by the RCMP regarding the death of a woman the applicant allegedly killed. Apparently, the acquaintances made statements to the RCMP exculpating the applicant of any wrongdoing in the murder of this individual.

The applicant's refugee status was vacated pursuant to section 109 of the Act and he was excluded from the definition of "Convention Refugee" and of protected person pursuant to Article 1F(a), (b) and (c) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*. This decision was based on the applicant's misrepresentation about his involvement in the FAR and on his complicity in war crimes and crimes against humanity during the Rwandan genocide. An application for judicial review of that decision was denied.

In the case at bar, the applicant argued that in failing to disclose evidence from witness interviews clearly exculpating the applicant of any crimes against humanity before the outset of the application to vacate the applicant's refugee status, the respondent breached its duty to disclose as discussed in *R. v. Stinchcombe*, and violated the applicant's right to natural justice and his right to life, liberty and security of the person pursuant to section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

nécessairement automatiquement dans le contexte d'une audience relative à une demande d'asile, le degré de divulgation dû à un demandeur ne peut pas être décidé en opérant tout simplement une distinction entre les instances criminelles et les instances administratives — L'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés exige une procédure équitable eu égard à la nature de l'instance et des intérêts en cause — Le demandeur avait droit à un degré élevé d'équité procédurale dans une procédure en annulation de la reconnaissance de son statut de réfugié en raison de prétendues omissions de sa part quant à sa participation à des crimes de guerre et à des crimes contre l'humanité.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire, présentée en vertu du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, d'une décision rendue par la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (le Tribunal) par laquelle celle-ci a rejeté la requête du demandeur en réouverture de sa demande d'asile. La demande d'asile du demandeur, un citoyen du Rwanda, a été accueillie. Cependant, le demandeur a omis d'indiquer qu'il avait fait partie des Forces armées rwandaises (les FAR), c'est-à-dire l'armée rwandaise, pendant le génocide rwandais en 1994. Ce n'est qu'après avoir fait l'objet d'enquêtes menées par des organismes gouvernementaux, dont l'Unité des crimes de guerre du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration et la GRC, que le demandeur a admis ce fait. Le demandeur a appris par la suite que deux de ses connaissances rwandaises avaient été interrogées par la GRC à propos du décès d'une femme qu'il aurait tuée. Ces connaissances auraient déclaré à la GRC que le demandeur n'était aucunement impliqué dans le meurtre de cette personne.

Le statut de réfugié du demandeur a été annulé en vertu de l'article 109 de la Loi et il a été exclu de la définition de « réfugié au sens de la Convention » et de celle de personne à protéger en conformité avec les alinéas *a)*, *b)* et *c)* de la section F de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*. Cette décision reposait sur les fausses déclarations du demandeur quant à son appartenance aux FAR et sur sa participation à des crimes de guerre et à des crimes contre l'humanité pendant le génocide rwandais. La demande de contrôle judiciaire de cette décision a été rejetée.

En l'espèce, le demandeur soutenait qu'en omettant de divulguer des preuves tirées d'entrevues de témoins qui le disculpaient manifestement de la perpétration de tout crime contre l'humanité bien avant le début de la demande d'annulation de la reconnaissance de son statut de réfugié, le défendeur a manqué à son obligation de divulgation comme il en a été question dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, et a violé le droit du demandeur à la justice naturelle ainsi que son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne garanti par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

The issues were whether the respondent has a duty to disclose exculpatory evidence in vacation proceedings and, if so, whether it breached its duty to disclose in the present case; and whether the Tribunal erred in law by concluding that the applicant was barred from raising the issue of disclosure and by concluding that natural justice had not been breached.

Held, the application should be dismissed.

While the disclosure standards delineated in *R. v. Stinchcombe* applicable in a criminal context do not necessarily apply automatically in the context of a refugee hearing and may require adaptation, the level of disclosure owed to an applicant cannot be decided by simply distinguishing between criminal and administrative proceedings. The consequences of an adverse finding on the applicant must be taken into consideration. Section 7 of the Charter requires a fair process having regard to the nature of the proceedings and the interests at stake. As such, an applicant is entitled to a high degree of procedural fairness in a proceeding to vacate his refugee status based on alleged omissions of participation in war crimes and crimes against humanity.

Contrary to the applicant's submission, the Canada Border Services Agency and the RCMP were divisible for the purposes of disclosure. The respondent was not required to inquire with all agencies involved in investigating the applicant to ensure a complete record was disclosed. Each agency was conducting separate investigations against the applicant for administrative law and criminal law purposes respectively. It is a general principle that the Crown and the police are separate entities for the purpose of disclosure. The RCMP has a common law investigative privilege, which can only be modified by statute. Until this is done, it has a duty not to share the fruits of its criminal investigations with other agencies or government departments.

Even if the respondent did have a duty to disclose the exculpatory statements, the applicant waived this alleged right. It was simply not open to the applicant to have waited until after receiving a negative decision by the Tribunal to raise the issue of disclosure in the context of an application to reopen. Therefore, it was entirely reasonable for the Tribunal to hold that the applicant's failure to raise the insufficiency of the disclosure at the earliest opportunity barred him from raising it now.

Les questions litigieuses étaient celles de savoir si le défendeur est tenu de divulguer les éléments de preuve disculpatoires dans les procédures de demande d'annulation et, les cas échéant, s'il a manqué à son devoir de divulguer en l'espèce et si le Tribunal a commis une erreur de droit en concluant qu'il était interdit au demandeur de soulever la question de la divulgation et qu'il n'y avait eu aucun manquement aux principes de la justice naturelle.

Jugement : la demande doit être rejetée.

Bien que les normes de divulgation établies dans *R. c. Stinchcombe*, qui s'appliquent dans un contexte de droit criminel, ne s'appliquent pas nécessairement automatiquement dans le contexte d'une audience relative à une demande d'asile et peuvent nécessiter certaines adaptations, le degré de divulgation dû à un demandeur ne peut pas être décidé en opérant tout simplement une distinction entre les instances criminelles et les instances administratives. Les conséquences sur le demandeur d'une conclusion défavorable doivent être prises en compte. L'article 7 de la Charte exige une procédure équitable eu égard à la nature de l'instance et des intérêts en cause. En tant que tel, un demandeur a droit à un degré élevé d'équité procédurale dans une procédure en annulation de la reconnaissance de son statut de réfugié en raison de prétendues omissions de sa part quant à sa participation à des crimes de guerre et à des crimes contre l'humanité.

Contrairement aux prétentions du demandeur, on doit faire une distinction entre l'Agence des services frontaliers du Canada et la GRC en ce qui concerne la divulgation. Le défendeur n'était pas tenu de s'enquérir auprès de toutes les agences qui participaient à l'enquête sur le demandeur afin de voir à ce que le dossier divulgué soit complet. Chaque agence effectuait des enquêtes séparées sur le demandeur, c'est-à-dire une enquête relevant du droit administratif dans le cas de l'ASFC et une relevant du droit criminel dans le cas de la GRC. Selon un principe général, le ministère public et la police sont des entités distinctes aux fins de la divulgation. La GRC détient un privilège d'enquête fondé sur la common law et ce privilège ne peut être modifié que par la loi. Tant que cela ne sera pas fait, la GRC est tenue de ne pas partager le fruit de ses enquêtes criminelles avec les autres organismes ou ministères du gouvernement.

Même si le défendeur était tenu de divulguer les déclarations disculpatoires, le demandeur avait renoncé à son prétendu droit. Il n'était pas simplement loisible au demandeur d'attendre d'avoir reçu une décision défavorable de la part du Tribunal pour soulever la question de la divulgation dans le contexte d'une requête en réouverture. Par conséquent, il était tout à fait raisonnable que le Tribunal conclue que l'omission du demandeur de soulever l'insuffisance de la divulgation à la première occasion l'empêche de la soulever maintenant.

Furthermore, as noted by the Tribunal, even if the applicant had not been excluded for murder, he would still have been excluded for the more obvious crimes against humanity in which he was found to be complicit. The applicant had not alleged that exculpatory evidence existed for that aspect of the case. The Tribunal found that the undisclosed information was therefore not determinative and that the applicant had not suffered any prejudice. This conclusion was entirely reasonable.

Finally, four questions were certified. They pertained to whether the respondent has a duty to disclose all relevant evidence in the context of proceedings seeking the exclusion of the claimant; whether that duty exists independently of any request from the claimant; whether the right to disclosure may be waived; and whether the duty involves disclosing relevant evidence on the claimant that other government agencies may have.

Qui plus est, comme le Tribunal l'a souligné, même si le demandeur n'a pas été exclu en raison du meurtre, il aurait quand même été exclu pour les crimes contre l'humanité les plus évidents dont il a été déclaré complice. Le demandeur ne prétendait pas que des preuves disculpatoires existaient relativement à cet aspect de l'affaire. Le Tribunal estimait que l'information qui n'a pas été communiquée n'était donc pas déterminante et que le demandeur n'avait subi aucun préjudice. La conclusion était tout à fait raisonnable.

Enfin, quatre questions ont été certifiées, notamment quant aux questions de savoir si le défendeur est tenu de divulguer tous les éléments de preuve pertinents dans le cadre d'une instance portant sur l'exclusion du demandeur d'asile, si ce devoir existe indépendamment de toute demande de la part du demandeur d'asile, s'il peut être renoncé au droit à la divulgation et si l'obligation de divulgation comprend une obligation de divulgation des éléments de preuve pertinents sur le demandeur d'asile en possession d'autres organismes gouvernementaux.

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.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 72(1), 109.
Refugee Protection Division Rules, SOR/2002-228, r. 55.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a),(b),(c).

CASES CITED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Siad v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 F.C. 608, 36 Imm. L.R. (2d) 1, 206 N.R. 127 (C.A.).

DISTINGUISHED:

R. v. Styles, [2003] O.J. No. 5824 (S.C.J.) (QL); *R. v. Smith*, 2007 ABQB 172, 419 A.R. 179, [2007] 6 W.W.R. 648, 72 Alta. L.R. (4th) 88.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 72(1), 109.
Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2002-228, règle 55.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fa),b),c).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Siad c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 C.F. 608 (C.A.).

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

R. v. Styles, [2003] O.J. n° 5824 (C.S.J.) (QL); *R. v. Smith*, 2007 ABQB 172, 419 A.R. 179, [2007] 6 W.W.R. 648, 72 Alta. L.R. (4th) 88.

CONSIDERED:

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326, 83 Alta. L.R. (2d) 193, [1992] 1 W.W.R. 97; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, 276 D.L.R. (4th) 594, 54 Admin. L.R. (4th) 1; *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125, 293 D.L.R. (4th) 629, 72 Admin. L.R. (4th) 1; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326, 294 D.L.R. (4th) 478, 58 C.R. (6th) 45; *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, (1998), 166 N.S.R. (2d) 241, 122 C.C.C. (3d) 1; *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, 24 D.L.R. (4th) 44, [1986] 1 W.W.R. 577.

REFERRED TO:

Seyoboka v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2005 FC 1290; *Nazifpour v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1694, 286 F.T.R. 6; *Masood v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1224; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392, 263 D.L.R. (4th) 113, 44 Admin. L.R. (4th) 4; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 193; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, 130 D.L.R. (4th) 235, [1996] 2 W.W.R. 153; *R. v. Bramwell* (1996), 106 C.C.C. (3d) 365 (B.C.C.A.); *Wagg v. Canada*, 2003 FCA 303, [2004] 1 F.C.R. 206, 308 N.R. 67; *Palonek v. M.N.R.*, 2007 FCA 281, 368 N.R. 358; *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Hogervorst*, 2007 FCA 41, 359 N.R. 156; *Lord's Evangelical Church of Deliverance and Prayer of Toronto v. Canada*, 2004 FCA 297, [2005] 1 C.T.C. 135, 2004 DTC 6746, 328 N.R. 179; *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, 318 N.R. 365.

APPLICATION for judicial review of the decision of the Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division, dismissing the applicant's motion to reopen his claim for refugee protection pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application dismissed.

APPEARANCES

Lorne Waldman for applicant.
Jamie R. D. Todd for respondent.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643.

DÉCISIONS CITÉES :

Seyoboka c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 1290; *Nazifpour c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1694; *Masood c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1224; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. v. Bramwell* (1996), 106 C.C.C. (3d) 365 (C.A.C.-B.); *Wagg c. Canada*, 2003 CAF 303, [2004] R.C.F. 206; *Palonek c. M.R.N.*, 2007 CAF 281; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Hogervorst*, 2007 CAF 41; *Lord's Evangelical Church of Deliverance and Prayer of Toronto c. Canada*, 2004 CAF 397; *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89.

DEMANDE de contrôle judiciaire, présentée en vertu du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, d'une décision rendue par la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié par laquelle celle-ci a rejeté la requête du demandeur en réouverture de sa demande d'asile. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Lorne Waldman pour le demandeur.
Jamie R. D. Todd pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

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

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

[1] DE MONTIGNY J.: This is an application for judicial review of the decision of the Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (the Tribunal), dated May 1, 2008, dismissing the applicant's motion to reopen his claim for refugee protection pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA).

BACKGROUND

[2] The applicant is a citizen of Rwanda, where he was born on July 22, 1966. He came to Canada on January 17, 1996 and made a refugee claim upon arrival. He was granted refugee status on October 25, 1996. At that time, he made no mention of his membership in the Forces armées rwandaises, the Rwandan military (FAR), either at the port of entry, in his Personal Information Form (PIF), or during his refugee hearing.

[3] On November 1, 1996, the applicant filed an application for permanent residence in Canada. Once again, he concealed his membership in the FAR.

[4] In March 1998, two people from the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) and Mr. André Denault, from the RCMP, came to the applicant's house in Canada to interview him about Colonel Bagosora. They were looking for Colonel Bagosora due to his involvement in crimes against humanity committed during the Rwandan genocide. It is only after this interview that the applicant filed an amended version of his PIF to reflect the fact that he had served in the Rwandan army at the time of the genocide in April 1994.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

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

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

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire, présentée en vertu du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), d'une décision rendue par la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (le Tribunal), le 1^{er} mai 2008, par laquelle celle-ci a rejeté la requête du demandeur en réouverture de sa demande d'asile.

L'HISTORIQUE

[2] Le demandeur est un citoyen du Rwanda, où il est né le 22 juillet 1966. Il est arrivé au Canada le 17 janvier 1996 et il a demandé l'asile à son arrivée. Il a obtenu l'asile le 25 octobre 1996. À l'époque, il n'a pas mentionné, ni au point d'entrée, ni dans son formulaire de renseignements personnels (le FRP), ni au cours de l'audition de sa demande d'asile, qu'il avait fait partie des Forces armées rwandaises (les FAR), c'est-à-dire l'armée rwandaise.

[3] Le 1^{er} novembre 1996, le demandeur a déposé une demande de résidence permanente au Canada. Une fois de plus, il n'a fait aucune mention de son appartenance aux FAR.

[4] En mars 1998, deux personnes travaillant pour le Tribunal pénal international pour le Rwanda (le TPIR) et M. André Denault, un employé de la GRC, se sont rendus au domicile du demandeur au Canada afin de l'interroger à propos du colonel Bagosora. Ils étaient à la recherche du colonel Bagosora en raison de sa participation à des crimes contre l'humanité commis durant le génocide rwandais. Ce n'est qu'après cette entrevue que le demandeur a déposé une version modifiée de son FRP mentionnant le fait qu'il avait servi

[5] Around September 2000, Mr. Claude Beaupré, hearing officer for the Canada Border Services Agency (CBSA) contacted the War Crimes Unit of the RCMP to ascertain the status of their file on the applicant. He learned that the RCMP's investigation on the applicant was still ongoing.

[6] On October 13, 2000, two investigators from the War Crimes Unit of the Department of Citizenship and Immigration (CIC) met with the applicant. According to the interview notes, the applicant then admitted to serving in the FAR between January 21, 1991 and June 28, 1994. He claimed that he quit the FAR because he became "bitter".

[7] In April 2002, a lawyer from the ICTR telephoned the applicant and came to his house. He subsequently faxed a file the ICTR had on him, including testimony from an anonymous witness, DAS, who told the ICTR that the applicant had killed a woman named Francine.

[8] Sometime in late 2001 or early 2002, the applicant spoke to his childhood friend, Jean Claude Ndungutse, the grandson of Bishop Sebununguri, a bishop of the Anglican Church in Rwanda. The applicant learned that Bishop Sebununguri had been interviewed by the RCMP about the applicant's alleged involvement in Francine's death. On January 29, 2003, the applicant also spoke to his former cook, Aimable Rutaremara, in Kigali, Rwanda. Mr. Rutaremara told the applicant that two RCMP officers came to see him and asked him about Francine's death; he apparently said to the applicant that he had told the RCMP officers that the applicant was not in any way involved. The applicant, however, has not been able to obtain affidavits from either Bishop Sebununguri or Mr. Rutaremara attesting to these facts.

[9] In September 2004, while in Ottawa for another file, Mr. Beaupré met with an officer from the War Crimes Unit of the RCMP, Mr. Guy Poudrier, and asked

dans l'armée rwandaise à l'époque du génocide en avril 1994.

[5] Vers septembre 2000, M. Claude Beaupré, un agent d'audience à l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) a communiqué avec l'Unité des crimes de guerre de la GRC afin de vérifier l'état du dossier que l'Agence possédait sur le demandeur. Il a appris que l'enquête de la GRC sur le demandeur était toujours en cours.

[6] Le 13 octobre 2000, deux enquêteurs de l'Unité des crimes de guerre du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration (CIC) ont rencontré le demandeur. Selon les notes d'entrevue, le demandeur a admis avoir servi dans les FAR entre le 21 janvier 1991 et le 28 juin 1994. Il a prétendu avoir quitté les FAR parce qu'il était devenu « amer ».

[7] En avril 2002, un avocat du TPIR a téléphoné au demandeur et s'est rendu à son domicile. Il a par la suite envoyé par télécopie un dossier que le TPIR possédait sur le demandeur, y compris un témoignage émanant d'un témoin anonyme, DAS, qui a dit au TPIR que le demandeur avait tué une dénommée Francine.

[8] Vers la fin de 2001 ou vers le début de 2002, le demandeur a parlé à Jean Claude Ndungutse, un ami d'enfance, qui est le petit-fils de l'évêque Sebununguri, un évêque de l'Église anglicane du Rwanda. Le demandeur a appris que l'évêque Sebununguri avait été interrogé par la GRC à propos de sa prétendue implication dans la mort de Francine. Le 29 janvier 2003, le demandeur a également parlé à Aimable Rutaremara, son ancien cuisinier à Kigali (Rwanda). M. Rutaremara a dit au demandeur que deux agents de la GRC étaient venus le voir et lui avaient parlé de la mort de Francine; il aurait affirmé au demandeur qu'il avait dit aux agents de la GRC que le demandeur n'était aucunement impliqué dans cette affaire. Le demandeur, toutefois, n'a pu obtenir aucun affidavit de la part de l'évêque Sebununguri ou de la part de M. Rutaremara attestant de ces faits.

[9] En septembre 2004, pendant qu'il se trouvait à Ottawa dans le cadre d'un autre dossier, M. Beaupré a rencontré un agent de l'Unité des crimes de guerre de la

him about the status of their file on the applicant. Mr. Poudrier told the Minister's representative that the RCMP investigation on the applicant was still ongoing and that the Crown was reviewing the file in order to determine if criminal charges could be laid against the applicant. The RCMP officer said that until a decision was made on this subject, CBSA could not use documents from the RCMP file for immigration purposes.

[10] Mr. Poudrier did allow Mr. Beaupré to consult the RCMP file for five minutes. Mr. Beaupré attests, however, that Mr. Poudrier did not allow him to make copies of documents. Mr. Beaupré further attests that he did not read the witnesses' statements. Knowing that he could not use the RCMP information, Mr. Beaupré says he stopped consulting the file. Finally, Mr. Beaupré claims that during the meeting with Mr. Poudrier, there was no allusion to the statements of Bishop Sebununguri or of Mr. Rutaremara, and he did not gain knowledge of these statements.

[11] On November 1, 2004, the applicant sent a letter to CIC, attached to which were two documents referring to his involvement in war crimes in Rwanda during the genocide. These documents were the written statements by the anonymous witness DAS, mentioned above, and the charge against Protais Zigiranyirazo before the ICTR. According to this indictment, Second Lieutenant Jean-Claude Seyoboka manned a barricade with members of the Rwandan military and a militia (the Interahamwe), and they were ordered to kill all the Tutsis that would be found as a result of a search of neighbouring houses. The relevant paragraphs of that indictment read as follows:

[TRANSLATION]

The Kiyovu roadblock

11. Specifically, on or about April 7, 1994, soldiers guarding the residence of Protais Zigiranyirazo, located in the Kiyovu cell, Kigali-Ville prefecture, ordered the guards working in the

GRC, M. Guy Poudrier, et lui a parlé de l'état du dossier de la GRC sur le demandeur. M. Poudrier a dit au représentant du ministre que l'enquête de la GRC sur le demandeur était toujours en cours et que le ministère public examinait le dossier afin de déterminer si des accusations criminelles pouvaient être portées contre le demandeur. L'agent de la GRC a affirmé que tant qu'une décision ne serait pas rendue sur ce sujet, l'ASFC ne pouvait utiliser, pour les fins de la procédure d'immigration, aucun des documents figurant dans le dossier de la GRC.

[10] M. Poudrier a autorisé M. Beaupré à consulter le dossier de la GRC pendant cinq minutes. M. Beaupré déclare toutefois que M. Poudrier ne l'a pas autorisé à faire des copies des documents figurant dans le dossier. M. Beaupré déclare de plus qu'il n'a pas lu les déclarations des témoins. Sachant qu'il ne pouvait pas se servir des renseignements de la GRC, M. Beaupré affirme qu'il a arrêté de consulter le dossier. Enfin, M. Beaupré prétend que, au cours de la réunion avec M. Poudrier, aucune allusion n'a été faite quant aux déclarations de l'évêque Sebununguri ou quant à celles de M. Rutaremara et qu'on ne lui a rien dit quant à celles-ci.

[11] Le 1^{er} novembre 2004, le demandeur a envoyé à CIC une lettre à laquelle étaient joints deux documents faisant état de sa participation à des crimes de guerre au Rwanda au cours du génocide. Ces documents étaient les déclarations écrites du témoin anonyme DAS, susmentionné, et l'accusation contre Protais Zigiranyirazo devant le TPIR. Selon l'acte d'accusation, le sous-lieutenant Jean-Claude Seyoboka assurait la surveillance d'un barrage routier avec des membres de l'armée rwandaise et des membres d'une milice (les Interahamwe) et ils ont reçu l'ordre de tuer tous les Tutsis qu'ils trouveraient au cours d'une fouille des maisons du voisinage. Les paragraphes pertinents de l'acte d'accusation sont ainsi libellés :

Le barrage routier de Kiyovu

11. En particulier, le ou vers le 7 avril 1994, les militaires affectés à la garde de la résidente de Protais Zigiranyirazo sise dans la cellule de Kiyovu, prefecture de Kigali-Ville, ont

neighbouring houses to man a roadblock erected between the residence of Protais Zigiranyirazo and a Presbyterian church adjoining it. This roadblock, which was the largest in Kiyovu, was controlled by soldiers and the *Interahamwe*, particularly by second lieutenant Jean Claude SEYOBOKA, BONKE and Jacques KANYAMIEZI. Civilians guarding the roadblock were armed with machetes and clubs.

12. One week later, at an undetermined date in mid-April 1994, Protais Zigiranyirazo ordered the soldiers and the *Interahamwe* manning the roadblock near his home in Kiyovu to search houses in the surrounding area and to kill all Tutsis they could find. Protais Zigiranyirazo also ordered the men controlling the roadblock to kill any Tutsis attempting to cross it. A short time later, the soldiers and the *Interahamwe* started to kill, without interruption, people they found in their homes as well as anyone identified as a Tutsi attempting to cross the roadblock.

[12] On March 4, 2005, the applicant, represented by counsel, filed an application for leave and judicial review seeking a *mandamus* to compel CIC to render a decision on his permanent residence application. Leave was granted on May 16, 2005, and a hearing on the merits of the application for *mandamus* was scheduled to take place on September 12, 2005. The Federal Court ordered CIC to produce a certified copy of its file, which it did, providing the applicant with 181 pages from his immigration file. On September 30, 2005, the Court denied the applicant's application for the issuance of the writ of *mandamus* [*Seyoboka v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1290].

[13] On June 30, 2005, the respondent made an application to vacate the applicant's refugee protection pursuant to section 109 of the IRPA and to exclude him from the definition of "Convention Refugee" and that of protected person pursuant to Article 1F(a), (b) and (c) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (UNCRSR). The notice of application to vacate listed all the grounds relied on by the Minister to support his allegation that the applicant's refugee protection should be vacated and that he should be excluded in light of his complicity in war crimes and crimes against humanity. A copy of the exhibits relied on by the

ordonné aux gardiens employés dans les maisons du quartier de tenir un barrage routier érigé entre le domicile de Protais Zigiranyirazo et l'église presbytérienne qui le jouxtait. Ce barrage routier qui était le plus grand de Kiyovu, était contrôlé par des militaires et des *Interahamwe*, notamment le sous-lieutenant Jean Claude SEYOBOKA, BONKE et Jacques KANYAMIEZI. Les civils qui y montaient la garde étaient armés de machettes et de gourdins.

12. Environ une semaine plus tard, à une date indéterminée de la mi-avril 1994, Protais Zigiranyirazo a ordonné aux militaires et aux *Interahamwe* de faction au barrage jouxtant sa résidence de Kiyovu de fouiller les maisons du voisinage et de tuer tous les Tutsis qu'ils y trouveraient. Protais Zigiranyirazo a également ordonné aux hommes qui contrôlaient le barrage de tuer tout Tutsi qui tenterait de franchir ce barrage routier. Peu après, les militaires et les *Interahamwe* se sont mis à tuer, sans discontinuer, des gens qu'ils ont trouvés chez eux-mêmes ainsi que toute personne identifiée comme tutsie, tentant de franchir ledit barrage routier.

[12] Le 4 mars 2005, le demandeur, représenté par un avocat, a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire en vue d'obtenir un *mandamus* pour obliger CIC à rendre une décision à l'égard de sa demande de résidence permanente. L'autorisation a été accordée le 16 mai 2005 et une audience au fond de la demande de *mandamus* fut fixée au 12 septembre 2005. La Cour fédérale a ordonné à CIC de produire une copie certifiée de son dossier, ce qu'elle a fait, dotant ainsi le demandeur de 181 pages tirées de son dossier d'immigration. Le 30 septembre 2005, la Cour a rejeté la demande de délivrance d'un bref de *mandamus* présentée par le demandeur [*Seyoboka c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1290].

[13] Le 30 juin 2005, le défendeur a présenté, en vertu de l'article 109 de la LIPR, une demande d'annulation de la décision qui a accueilli la demande d'asile du demandeur et a présenté une demande d'exclusion du demandeur de la définition de « réfugié au sens de la Convention » et de celle de personne à protéger en conformité avec les alinéas a), b) et c) de la section F de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (la CNURSR). L'avis de demande d'annulation énumérait tous les motifs invoqués par le ministre à l'appui de son allégation selon laquelle la décision qui avait accueilli la demande d'asile du

Minister in support of the application was also attached to the notice.

[14] There were three hearings for the application to vacate, held on February 22, 2006, and May 30 and 31, 2006. Before the first hearing, the applicant's counsel, then Ms. Nicole Goulet, sent the Minister a copy of the exhibits that she intended to rely upon at the hearing. She did not refer to any witness. At the first hearing, Ms. Goulet did not request further disclosure. Following this hearing, the applicant forwarded a second list of documents he intended to use.

[15] The applicant was sent a notice to appear at the second hearing, which included information on how to call witnesses for the hearing. On May 5, 2006, the applicant sent a third list of documents he intended to file at the hearing. He referred to Senator Roméo Dallaire as his sole witness.

[16] On September 29, 2006, the applicant's refugee status was vacated on the basis that the applicant had obtained refugee status as a result of a material misrepresentation about his identity as an officer in the FAR. Moreover, the Tribunal excluded the applicant from the definition of Convention refugee and of protected person pursuant to Article 1F(a), (b) and (c) of the UNCRSR because the Tribunal found that he was complicit in crimes against humanity during the Rwandan genocide.

[17] The Tribunal found that the applicant was, if not a participant, at least complicit in the criminal acts committed by the FAR. Objective evidence demonstrated that the FAR participated largely in the terrible events that took place in Rwanda. The military systematically participated in the massacres and gave the authority and provided the example for others to follow. The FAR was an organization with a limited brutal purpose. There was abundant evidence that the FAR intervened militarily on the side of the "génocidaires". The Tribunal additionally found that the applicant was personally involved in the

demandeur devrait être annulée et que celui-ci devrait être exclu compte tenu de sa participation à des crimes de guerre et à des crimes contre l'humanité. Une copie des pièces invoquées par le ministre à l'appui de sa demande était jointe à l'avis.

[14] Trois audiences ont été tenues relativement à la demande d'annulation. Elles ont eu lieu le 22 février 2006 et les 30 et 31 mai 2006. Avant la tenue de la première audience, l'avocate du demandeur, M^e Nicole Goulet, a envoyé au ministre une copie des pièces qu'elle se proposait d'invoquer à l'audience. Elle n'a présenté aucun témoin. À la première audience, M^e Goulet n'a pas demandé de divulgation supplémentaire. À la suite de cette audience, le demandeur a transmis une deuxième liste de documents qu'il se proposait d'utiliser.

[15] Un avis de comparaître à la deuxième audience a été envoyé au demandeur et il comprenait des renseignements sur la manière d'assigner des témoins à comparaître. Le 5 mai 2006, le demandeur a envoyé une troisième liste de documents qu'il se proposait de déposer à l'audience. Il a mentionné le nom du sénateur Roméo Dallaire comme étant son seul témoin.

[16] Le 29 septembre 2006, le statut de réfugié du demandeur a été annulé au motif qu'il avait obtenu ce statut à la suite de fausses déclarations importantes sur le fait qu'il avait été officier dans les FAR. En outre, le Tribunal a exclu le demandeur, en vertu des alinéas *a*), *b*) et *c*) de la section F de l'article premier de la CNURSR, de la définition de réfugié au sens de la Convention et de personne à protéger parce qu'il a conclu que le demandeur avait participé à des crimes contre l'humanité lors du génocide rwandais.

[17] Le Tribunal a conclu que le demandeur a été, sinon un participant, à tout le moins un complice relativement aux actes criminels commis par les FAR. La preuve objective a démontré que les FAR ont participé dans une large mesure aux terribles événements qui se sont produits au Rwanda. L'armée a systématiquement participé aux massacres, les a autorisés et a donné aux autres l'exemple à suivre. Les FAR était une organisation qui visait des fins limitées et brutales. De nombreux éléments de preuve démontraient que les FAR sont intervenues militairement pour le compte des

murder of his neighbour Francine, who he murdered because she wouldn't have sex with him.

[18] The Tribunal also found that the applicant gave vague responses regarding what he was up to between April 7, 1994 and April 16, 1994, when the massacres were in full rage. In its view, it was simply implausible that the applicant had no idea that massacres were taking place around him. The Tribunal concluded that the applicant did not have a clear conscience in lying about his involvement with the military and that the applicant continued to belong to the FAR during the massacres and was thus complicit in the accomplishments of its objectives.

[19] On October 26, 2006, the applicant filed an application for leave and for judicial review of the decision to vacate his refugee protection; this application was denied by the Court on February 6, 2007. Subsequently, the applicant filed a motion asking the Court to set aside this decision; this motion was also rejected on June 6, 2007.

THE IMPUGNED DECISION

[20] On September 20, 2007, the applicant submitted to the Tribunal an application to reopen the Tribunal's decision to vacate his refugee status. In support of his application to reopen, the applicant alleged that the respondent had breached natural justice in the applicant's vacation proceedings by not disclosing the potentially exculpatory testimonies of Bishop Sebunguri and Mr. Rutaremara undertaken by the RCMP.

[21] The Tribunal came to the conclusion that there was no breach of natural justice which could give rise to a reopening of the hearing, for the following reasons. First, the Tribunal concluded that the applicant knew the RCMP had met with Bishop Sebunguri and Mr. Rutaremara, but did not raise the issue of disclosure or mention them as witnesses who could attest to his innocence at the vacation hearing or in the subsequent

« génocidaires ». Le Tribunal a de plus conclu que le demandeur a été personnellement impliqué dans le meurtre de sa voisine Francine, qu'il a assassinée parce qu'elle refusait d'avoir des relations sexuelles avec lui.

[18] Le Tribunal a également conclu que le demandeur a donné des réponses vagues concernant ce qu'il a fait entre le 7 avril 1994 et le 16 avril 1994 lorsque les massacres avaient lieu. Selon le Tribunal, il était tout simplement invraisemblable que le demandeur ne sache absolument pas que des massacres avaient lieu autour de lui. Le Tribunal a conclu que le demandeur avait quelque chose à se reprocher lorsqu'il a menti quant à son appartenance à l'armée et qu'il faisait toujours partie des FAR durant les massacres et qu'il a donc participé à la réalisation des objectifs de cette dernière.

[19] Le 26 octobre 2006, le demandeur a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision d'annulation de sa demande d'asile; cette demande a été rejetée par la Cour le 6 février 2007. Par la suite, le demandeur a déposé une requête demandant à la Cour d'annuler cette décision; cette requête a également été rejetée le 6 juin 2007.

LA DÉCISION CONTESTÉE

[20] Le 20 septembre 2007, le demandeur a soumis au Tribunal une demande de réouverture de la décision d'annulation de la reconnaissance de son statut de réfugié. À l'appui de sa demande de réouverture, le demandeur a prétendu que le défendeur avait enfreint les principes de la justice naturelle dans le cadre de la procédure d'annulation de la reconnaissance de son statut de réfugié en ne divulguant pas les témoignages potentiellement disculpatoires de l'évêque Sebunguri et de M. Rutaremara recueillis par la GRC.

[21] Le Tribunal a conclu qu'il n'y avait eu aucun manquement aux principes de la justice naturelle qui pourrait donner lieu à une réouverture de l'audience, et ce, pour les motifs suivants. Premièrement, le Tribunal a conclu que le demandeur savait que la GRC avait rencontré l'évêque Sebunguri et M. Rutaremara, mais il n'a pas soulevé la question de la divulgation et n'a pas mentionné ces personnes comme témoins qui pourraient

application for leave and judicial review of the decision to vacate his refugee protection. Thus, the applicant was barred from raising the disclosure issue after there was a final decision against him.

[22] Second, the Tribunal found that even if the exculpatory statements of Bishop Sebunguri and Mr. Rutaremara had been introduced and given full weight, the applicant might still have been found excluded on the basis of his complicity to crimes against humanity by reasons of his active involvement in the FAR. Since the applicant did not allege the existence of exculpatory evidence regarding his involvement with the FAR, the Tribunal found that the undisclosed information was not determinative and the applicant would have been found to be complicit even if the exculpatory statements had been admitted.

[23] Third, the Tribunal held that the applicant was not prejudiced by the fact that he was unrepresented for part of his vacation hearing. The presiding member of the Tribunal informed the applicant of his rights and explained to him the procedure of the Tribunal. Moreover, the applicant was represented by counsel during his application for leave and judicial review challenging the decision to vacate his refugee protection, yet never raised any issues relating to disclosure at that time.

ISSUES

[24] Counsel for the applicant argued before this Court that, at the time of the proceedings against him, the applicant knew that the RCMP had interviewed at least three witnesses in Rwanda who exculpated the applicant of any wrongdoing. What he did not know was that the RCMP had recorded or transcribed these interviews. The applicant had received disclosure of the evidence the Minister relied on to vacate his refugee status, but he was unaware that his file might contain other relevant and even exculpatory evidence as he did

attester de son innocence à l'audience de la demande d'annulation ou dans la demande ultérieure d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision d'annulation de la reconnaissance de son statut de réfugié. Par conséquent, il était interdit au demandeur de soulever la question de la divulgation après qu'une décision définitive fut rendue contre lui.

[22] Deuxièmement, le Tribunal a conclu que même si les déclarations disculpatoires de l'évêque Sebunguri et de M. Rutaremara avaient été produites et qu'on leur avait accordé pleine importance, on aurait peut-être quand même conclu que le demandeur était exclu en raison de sa participation à des crimes contre l'humanité compte tenu qu'il avait été membre actif des FAR. Comme le demandeur n'a pas allégué l'existence d'éléments de preuve disculpatoires concernant son appartenance aux FAR, le Tribunal a conclu que les renseignements non divulgués n'étaient pas déterminants et que le demandeur aurait été jugé complice même si les déclarations disculpatoires avaient été admises.

[23] Troisièmement, le Tribunal a conclu que le demandeur n'a subi aucun préjudice du fait qu'il n'a pas été représenté par un avocat pendant une partie de l'audience de la demande d'annulation. Le président du Tribunal a informé le demandeur de ses droits et lui a expliqué la procédure du Tribunal. En outre, le demandeur a été représenté par un avocat lors de sa demande d'autorisation et de contrôle judiciaire contestant la décision d'annulation de la reconnaissance de son statut de réfugié, mais, à ce moment-là, il n'a soulevé aucune question relative à la divulgation.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[24] L'avocat du demandeur a prétendu devant la Cour que, au moment de la procédure intentée contre lui, le demandeur savait que la GRC avait interrogé au moins trois témoins du Rwanda qui l'avaient disculpé de tout acte répréhensible. Il ne savait cependant pas que la GRC avait enregistré ou transcrit ces entrevues. Le demandeur a reçu divulgation de la preuve invoquée par le ministre pour annuler la reconnaissance de son statut de réfugié, mais il ne savait pas que son dossier pouvait contenir d'autres éléments de preuve pertinents, voir

not know the practices of the RCMP regarding the collection and retention of evidence. It is only when he had read a news item about the experiences of another Rwandan facing similar allegations and after meeting him that he understood he had been treated unfairly.

[25] As a result, counsel for the applicant submits the following five issues arise in this application for judicial review:

1 – What is the appropriate standard of review of the Tribunal’s decision not to reopen the application to vacate the applicant’s refugee protection?

2 – Does the Minister have a duty to disclose exculpatory evidence in vacation proceedings?

3 – If so, did the Minister breach her duty to disclose exculpatory evidence?

4 – Did the Tribunal err in law by concluding the applicant was barred from raising the issue of disclosure at this point?

5 – Did the Tribunal err in law by concluding there was no breach of natural justice?

ANALYSIS

[26] Pursuant to rule 55 of the *Refugee Protection Division Rules* [SOR/2002-228] (the RPD Rules), a claimant may make an application to reopen a claim for refugee protection that has been decided. The application must be allowed if it is established that there was a failure to observe the principle of natural justice:

55. (1) A claimant or the Minister may make an application to the Division to reopen a claim for refugee protection that has been decided or abandoned.

même disculpatoires, car il ne connaissait pas les pratiques de la GRC concernant la cueillette et la conservation des éléments de preuve. Ce n’est que lorsqu’il a lu un entrefilet concernant l’expérience vécue par un autre Rwandais confronté à des allégations semblables et qu’après avoir rencontré ce dernier qu’il a compris qu’il avait été traité injustement.

[25] En conséquence, l’avocat du demandeur prétend que les cinq questions suivantes sont soulevées dans la présente demande de contrôle judiciaire :

1 – Quelle norme de contrôle s’applique à la décision du Tribunal de ne pas réexaminer la demande d’annulation de la reconnaissance du statut de réfugié du demandeur?

2 – La ministre est-elle tenue de divulguer les éléments de preuve disculpatoires dans les procédures de demande d’annulation?

3 – Le cas échéant, la ministre a-t-elle manqué à son devoir de divulguer les éléments de preuve disculpatoires?

4 – Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en concluant qu’il était interdit au demandeur de soulever la question de la divulgation à l’étape à laquelle on était rendu?

5 – Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en concluant qu’il n’y avait eu aucun manquement aux principes de la justice naturelle?

L’ANALYSE

[26] En vertu de la règle 55 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés* [DORS/2002-228] (les Règles de la SPR), un demandeur d’asile peut demander à la Section de rouvrir une demande d’asile qui a fait l’objet d’une décision. La demande doit être accueillie s’il est établi qu’il y a eu un manquement à un principe de justice naturelle :

55. (1) Le demandeur d’asile ou le ministre peut demander à la Section de rouvrir toute demande d’asile qui a fait l’objet d’une décision ou d’un désistement.

(4) The Division must allow the application if it is established that there was a failure to observe a principle of natural justice.

[27] In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, the Supreme Court of Canada stated that a standard of review analysis need not be conducted in every instance where the standard of review applicable to the particular question before the court is well-settled by past jurisprudence.

[28] Before *Dunsmuir*, the jurisprudence dealing with motions to reopen under RPD rule 55 held that the standard of review was reasonableness *simpliciter*: see, for ex., *Nazifpour v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1694, 286 F.T.R. 6; *Masood v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1224. On the other hand, it has been made abundantly clear that the standard of review to be applied to issues of breach of natural justice is correctness (see *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392, at paragraph 46).

[29] As a result, I will apply the correctness standard with respect to the requirements of natural justice and whether they have been followed in the present case; whenever factual determinations will be at play in resolving these issues, however, they will be reviewed against the standard of reasonableness.

[30] The applicant contends that the Crown had evidence from witness interviews clearly exculpating the applicant of any crimes against humanity in its possession well before the outset of the application to vacate the applicant's refugee status. In failing to include this evidence in the disclosure provided to the applicant prior to the vacation proceedings, the respondent allegedly breached its duty to disclose as discussed in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, and violated the applicant's right to natural justice as well as his right to life, liberty and security of the person pursuant to section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*,

(4) La Section accueille la demande sur preuve de manquement à un principe de justice naturelle.

[27] Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour suprême du Canada a déclaré qu'il n'est pas nécessaire de faire une analyse de la norme de contrôle applicable à la question soumise à la Cour lorsque celle-ci a été bien établie par la jurisprudence antérieure.

[28] Avant l'arrêt *Dunsmuir*, la jurisprudence traitant des requêtes en réouverture présentées en vertu de la règle 55 avait conclu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable *simpliciter* (voir, par exemple, *Nazifpour c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1694; *Masood c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1224). En revanche, il a été établi très clairement que la norme de contrôle applicable aux questions de manquement aux principes de la justice naturelle est celle de la décision correcte (voir *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392, au paragraphe 46).

[29] En conséquence, j'appliquerai la norme de la décision correcte aux exigences des principes de la justice naturelle et à la question de savoir si elles ont été respectées en l'espèce; toutefois, à chaque fois que des conclusions de fait entreront en jeu dans le règlement de ces questions, elles seront examinées au regard de la norme de la décision raisonnable.

[30] Le demandeur prétend que le ministère public détenait des preuves tirées d'entrevues de témoins qui le disculpaient manifestement de la perpétration de tout crime contre l'humanité bien avant le début de la demande d'annulation de la reconnaissance de son statut de réfugié. En omettant d'inclure cette preuve dans la divulgation soumise au demandeur avant la procédure d'annulation, le défendeur aurait manqué à son obligation de divulgation comme il en est question dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, et aurait violé le droit du demandeur à la justice naturelle ainsi que son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne garanti par l'article 7 de la Charte [*Charte*

Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendice II, No. 44]].

[31] There are a number of problems with this submission, which I will now address in turn. First of all, the exculpatory nature of the statements given to the RCMP by Bishop Sebunguri and Aimable Rutaremara is purely speculative at this stage, as neither one has filed an affidavit in support of the applicant's position, admittedly for reasons out of the applicant's control.

[32] More importantly, Mr. Beaupré claims to have had no knowledge of the existence of any declarations of these two witnesses; that being the case, the respondent's representative would have had no knowledge of the contents of these statements, exculpatory or otherwise. Indeed, the respondent in the case at bar did not use the testimonies of Bishop Sebunguri or Mr. Rutaremara or any other RCMP document at the hearing. Instead, Mr. Beaupré questioned the applicant on the basis of documents that the applicant himself had provided to the immigration authorities, that is, the testimony by DAS and the indictment of Protais Zigiranyirazo before the ICTR.

[33] The applicant retorts that for the purposes of disclosure obligations, the Crown is indivisible. Relying on the integrated nature of the War Crimes Unit and on the close cooperation of the War Crimes sections in the Department of Justice, the CBSA, and the RCMP, the applicant contends that the Minister breached her legal obligation to make inquiries of all agencies involved in investigating the applicant to ensure a complete record was disclosed.

[34] A careful review of the case law on disclosure leads me to the conclusion that this is much too broad a proposition. One must never lose sight of the fact that the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Protection Board is an administrative Tribunal with specialized knowledge, not bound by legal or

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]].

[31] La prétention susmentionnée pose un certain nombre de problèmes que j'examinerai maintenant un après l'autre. Premièrement, la nature disculpatoire des déclarations faites à la GRC par l'évêque Sebunguri et Aimable Rutaremara relève de la pure conjecture à ce stade-ci car aucune de ces deux personnes n'a déposé un affidavit à l'appui de la position du demandeur, pour des raisons, sans conteste, qui échappent au contrôle du demandeur.

[32] Plus important encore, M. Beaupré prétend n'avoir eu aucune connaissance de l'existence de l'une ou l'autre des déclarations de ces deux témoins; par conséquent, le représentant du défendeur n'aurait eu aucune connaissance du contenu de ses déclarations, disculpatoires ou non. En effet, le défendeur en l'espèce ne s'est pas servi à l'audience des témoignages de l'évêque Sebunguri et de M. Rutaremara, ni de tout autre document de la GRC. M. Beaupré a plutôt interrogé le demandeur en se fondant sur des documents que le demandeur a lui-même fournis aux autorités de l'immigration, c'est-à-dire, le témoignage de DAS et la mise en accusation de Protais Zigiranyirazo devant le TPIR.

[33] Le demandeur réplique que, aux fins des obligations de divulgation, le ministère public est indivisible. Invoquant la nature intégrée de l'Unité des crimes de guerre et la coopération étroite des sections des crimes de guerre du ministère de la Justice, de l'ASFC, et de la GRC, le demandeur prétend que la ministre a contrevenu à son obligation prévue par la loi de s'enquérir auprès de toutes les agences qui participent à l'enquête sur sa personne afin de voir à ce que le dossier divulgué soit complet.

[34] Un examen minutieux de la jurisprudence sur la divulgation m'amène à conclure qu'il s'agit d'une affirmation trop large. On ne doit pas oublier le fait que la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié est un Tribunal administratif qui possède une connaissance spécialisée

technical rules of evidence. As a result, the disclosure standards delineated in *Stinchcombe* do not necessarily apply automatically in the context of a refugee hearing and may require some adaptation. On the other hand, I agree with the applicant that the level of disclosure owed to an applicant cannot be decided by a simple invocation of the distinction between criminal and administrative proceedings, and that the consequences of an adverse finding on the applicant must be taken into consideration. As the Supreme Court wrote in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraph 20:

Section 7 of the *Charter* requires not a particular type of process, but a fair process having regard to the nature of the proceedings and the interests at stake: *United States of America v. Ferras*, [2006] 2 S.C.R. 77, 2006 SCC 33, at para. 14; *R. v. Rodgers*, [2006] 1 S.C.R. 554, 2006 SCC 15, at para. 47; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at pp. 656-57. The procedures required to meet the demands of fundamental justice depend on the context (see *Rodgers*; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361; *Chiarelli*, at pp. 743-44; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41, at paras. 20-21). Societal interests may be taken into account in elucidating the applicable principles of fundamental justice: *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 98.

[35] On the basis of the five factors found to be relevant in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, in determining the content of the duty of fairness in a particular set of circumstances, I am prepared to accept that an applicant is entitled to a high degree of procedural fairness in a proceeding to vacate his refugee status based on alleged omissions of participation in war crimes and crimes against humanity. I rely for that finding more particularly on the consequences for the applicant to be branded as a war criminal, and on the adversarial nature of such a proceeding. Indeed, the Federal Court of Appeal came to that very conclusion in the context of a finding of exclusion based on Article 1F(a) and (c) of the Convention, and opined that it entails the obligation for the Minister to disclose relevant information (*Siad v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 F.C. 608 (C.A.), at paragraph 15):

et qui n'est pas lié par les règles techniques de la preuve. En conséquence, les normes de divulgation établies dans *Stinchcombe* ne s'appliquent pas nécessairement automatiquement dans le contexte d'une audience relative à une demande d'asile et peuvent nécessiter certaines adaptations. Par contre, je suis d'accord avec le demandeur pour affirmer que le degré de divulgation dû à un demandeur ne peut pas être décidé par une simple invocation de la différence entre les instances criminelles et les instances administratives et que les conséquences sur le demandeur d'une conclusion défavorable doivent être prises en compte. Comme la Cour suprême l'a écrit dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, au paragraphe 20 :

L'article 7 de la *Charte* exige non pas un type particulier de procédure, mais une procédure équitable eu égard à la nature de l'instance et des intérêts en cause : *États-Unis d'Amérique c. Ferras*, [2006] 2 R.C.S. 77, 2006 CSC 33, par. 14; *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, 2006 CSC 15, par. 47; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, p. 656-657. Les mesures procédurales requises par la justice fondamentale dépendent du contexte (voir *Rodgers*; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 361; *Chiarelli*, p. 743-744; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41, par. 20-21). On peut prendre les intérêts sociétaux en considération pour clarifier les principes applicables de justice fondamentale : *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 98.

[35] Compte tenu des cinq facteurs jugés pertinents dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, pour établir le contenu de l'obligation d'équité dans des circonstances particulières, je suis disposé à accepter qu'un demandeur a droit à un degré élevé d'équité procédurale dans une procédure en annulation de la reconnaissance de son statut de réfugié en raison de prétendues omissions de sa part quant à sa participation à des crimes de guerre et à des crimes contre l'humanité. Pour tirer cette conclusion, j'invoque plus particulièrement les conséquences pour le demandeur d'être qualifié de criminel de guerre ainsi que la nature contradictoire d'une telle procédure. En effet, la Cour d'appel fédérale est parvenue à la même conclusion dans le contexte d'une conclusion d'exclusion fondée sur les alinéas *a*) et *c*) de la section F de l'article premier de la Convention et a exprimé l'opinion qu'elle entraîne que le ministre est tenu de divulguer les

Paragraph 69.1(5)(a) of the *Immigration Act* requires that the Tribunal afford the refugee claimant a “reasonable opportunity” to present evidence, cross-examine witnesses, and make representations. Although *Stinchcombe*, a criminal case, does not apply directly in the immigration context, it is nonetheless instructive. Counsel for the Minister conceded in oral argument, correctly, in my respectful view, that where the Minister alleges exclusion under Article 1F of the Convention, the Minister does owe a duty to disclose information relevant to the refugee claim. This concession is consistent with some of the literature regarding disclosure in the administrative context. [Footnotes omitted.]

[36] Counsel for the applicant relied on the recent decision of *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125, where the Supreme Court found that Khadr was entitled to disclosure of the records of the interviews, and of information given to U.S. authorities as a direct consequence of conducting the interviews. In that case, the Court based its conclusion on Khadr’s section 7 disclosure rights rather than directly applying *Stinchcombe*. While it is true that, strictly speaking, there was no criminal proceeding taking place in Canada, the fact remains that the ultimate proceedings for which disclosure was sought were military in nature, with potential attending consequences far more dire than criminal proceedings. Moreover, Mr. Khadr’s Charter right to life, liberty and security of the person was triggered due to Canada’s participation in providing information to U.S. authorities in relation to a process which is contrary to Canada’s international human rights obligations.

[37] At the hearing, the applicant has made much of the recently released decision in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 [*Charkaoui No. 2*], where the Supreme Court recognized certain disclosure obligations in the security certificate context. Once again, the Court confirmed that the constitutional guarantees deriving from section 7 of the Charter does not turn on the areas of law involved,

renseignements pertinents (*Siad c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 C.F. 608 (C.A.), au paragraphe 15) :

L’alinéa 69.1(5)a) de la *Loi sur l’immigration* exige que le Tribunal donne au demandeur du statut de réfugié la « possibilité » de produire des éléments de preuve, d’interroger des témoins et de présenter des observations. Bien que l’affaire *Stinchcombe*, une affaire criminelle, ne s’applique pas directement dans le contexte d’immigration, elle est néanmoins instructive. Au débat oral, l’avocat du ministre a reconnu, à juste titre à mon avis respectueux, que lorsque le ministre allègue l’exclusion en application de la section F de l’article premier de la Convention, le ministre est effectivement tenu de communiquer les renseignements qui se rapportent à la revendication du statut de réfugié. Cette concession est conforme à certains des ouvrages concernant la communication dans le contexte administratif. [Notes de bas de page omises.]

[36] L’avocat du demandeur a invoqué le récent arrêt *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125, dans lequel la Cour suprême a conclu que M. Khadr avait droit à la divulgation des dossiers des entrevues et des renseignements donnés aux autorités américaines comme conséquence directe de la tenue des entrevues. Dans cette affaire, la Cour a fondé sa conclusion sur les droits à la divulgation garantis à M. Khadr par l’article 7 plutôt que d’appliquer directement *Stinchcombe*. Même s’il est vrai que, à proprement parler, aucune procédure criminelle n’avait lieu au Canada, il n’en demeure pas moins que la procédure ultime à l’égard de laquelle la divulgation a été demandée était de nature militaire et comportait des conséquences potentiellement beaucoup plus désastreuses qu’une procédure criminelle. En outre, le droit de M. Khadr à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne garanti par la Charte a été déclenché en raison de la participation du Canada à la fourniture de renseignements aux autorités américaines relativement à un processus qui contrevient aux obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne.

[37] À l’audience, le demandeur s’est beaucoup attaché au récent arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 [*Charkaoui n° 2*] dans lequel la Cour suprême a reconnu certaines obligations de divulgation dans le contexte des certificats de sécurité. Une fois de plus, la Cour a confirmé que l’application des garanties constitutionnelles accordées par l’article 7 de la Charte ne dépendait

but on the consequences of the state's actions for the individual (paragraph 53). Dealing more specifically with the duty to disclose, the Court went on (at paragraph 56):

In *La* (at para. 20), this Court confirmed that the duty to disclose is included in the rights protected by s. 7. Similarly, in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75, at paras. 39-40, the Court stressed the importance of adopting a contextual approach in assessing the rules of natural justice and the degree of procedural fairness to which an individual is entitled. In our view, the issuance of a certificate and the consequences thereof, such as detention, demand great respect for the named person's right to procedural fairness. In this context, procedural fairness includes a procedure for verifying the evidence adduced against him or her. It also includes the disclosure of the evidence to the named person, in a manner and within limits that are consistent with legitimate public safety interests.

[38] Despite counsel for the applicant's forceful and cogent argument, I have not been convinced that this second *Charkaoui* decision is determining in the present case. In *Charkaoui No. 2*, the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) played a central role in the security certificate proceeding, and the consequences of that proceeding could be dismal for the applicant. As the Court observed (at paragraph 54):

Investigations by CSIS play a central role in the decision on the issuance of a security certificate and the consequent removal order. The consequences of security certificates are often more severe than those of many criminal charges. For instance, the possible repercussions of the process range from detention for an indeterminate period to removal from Canada, and sometimes to a risk of persecution, infringement of the right to integrity of the person, or even death. Moreover, as Justice O'Connor observed in his report, "the security certificate process, provides for broader grounds of culpability and lower standards of proof than criminal law" (Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, *A New Review Mechanism for the RCMP's National Security Activities*, at p. 436).

[39] The implications of the decision not to reopen the refugee vacation hearing of the applicant, though serious, do not compare to the consequences of issuing

pas des domaines du droit visés mais des conséquences de l'intervention de l'État sur la personne (paragraphe 53). Traitant plus précisément de l'obligation de divulgation, la Cour a ajouté ce qui suit (au paragraphe 56) :

Dans *La* (par. 20), la Cour a confirmé que l'obligation de divulgation fait partie des droits protégés par l'art. 7. De même, dans *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75, par. 39-40, la Cour a souligné l'importance de l'approche contextuelle dans l'évaluation des règles de justice naturelle et du niveau d'équité procédurale auxquelles a droit une personne. À notre avis, la délivrance d'un certificat et ses conséquences comme la détention exigent un grand respect pour l'équité procédurale due à la personne visée. Cette équité procédurale comprend, dans ce contexte, une procédure de vérification de la preuve présentée contre cette personne. Elle inclut également sa communication à la personne visée, selon des modalités et dans des limites qui respectent les intérêts légitimes de la sécurité publique.

[38] Malgré le solide et convaincant argument de l'avocat du demandeur, je ne suis pas convaincu que cette deuxième décision *Charkaoui* est déterminante en l'espèce. Dans l'arrêt *Charkaoui n° 2*, le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) a joué un rôle clé dans la procédure de certificat de sécurité et les conséquences de cette procédure pouvaient être catastrophiques pour le demandeur. La Cour a souligné ce qui suit (au paragraphe 54) :

En effet, les enquêtes menées par le SCRS jouent un rôle central dans les décisions relatives à la délivrance des certificats de sécurité et aux mesures d'interdiction de territoire qui en résultent. Ces certificats emportent des conséquences dont la gravité dépasse souvent celles de bien des accusations criminelles. Ainsi, les répercussions possibles du processus vont de la détention pour une durée indéterminée, au renvoi vers l'étranger, et parfois à des risques de persécution ou d'atteinte à l'intégrité de la personne sinon à sa vie. De plus, comme le note le juge O'Connor dans son rapport d'enquête, « les dispositions concernant le processus du certificat de sécurité, prévoient des motifs de culpabilité plus larges et imposent des normes de preuve moins strictes que le *Code criminel* » (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, p. 484).

[39] Les incidences de la décision de ne pas rouvrir l'audience d'annulation de la reconnaissance du statut de réfugié du demandeur, bien que graves, ne sont pas

and validating a security certificate. But maybe more importantly, the RCMP did not play a role even approaching that of CSIS in the decision to seek the vacation of the applicant's refugee status. As previously mentioned, the RCMP War Crimes Unit had no role in the CBSA investigation, and the CBSA did not rely on RCMP intelligence relating to the applicant. As a matter of fact, the RCMP War Crimes Unit refused to provide any of its intelligence to the CBSA.

[40] Contrary to the applicant's submissions, the CBSA and the RCMP were divisible for the purpose of disclosure. Each agency was conducting separate investigations against the applicant for administrative law and criminal law purposes, respectively. The cooperation between the RCMP, CBSA, and the Department of Justice does not put an end to the divide between the police and the government. The RCMP has a common law investigative privilege, which can only be modified by statute. Until this is done (and cooperation between the three War Crime Units is certainly not explicit enough to be equated to such a curtailment of the privilege), the RCMP is entitled and, indeed, has a duty not to share the fruits of its criminal investigations with other agencies or departments of the government.

[41] The applicant relied on a few cases where the RCMP and the Crown were found to be indivisible for disclosure purposes. But each of these cases can be distinguished on their facts. In *R. v. Styles*, [2003] O.J. No. 5824 (S.C.J.) (QL), the Court held that any and all material, directly or indirectly connected to the charges before the Court, whether or not in the actual possession of the Crown, can properly be said to be in their constructive possession and must be disclosed if the material is in the possession of the same police service as is responsible for the particular prosecution at hand.

comparables aux conséquences de la délivrance et de la validation d'un certificat de sécurité. Mais, ce qui importe peut-être davantage, la GRC a joué un rôle beaucoup moins important que celui du SCRS dans la décision de demander l'annulation de la reconnaissance du statut de réfugié du demandeur. Comme je l'ai déjà mentionné, l'Unité des crimes de guerre de la GRC n'a joué aucun rôle dans l'enquête de l'ASFC et l'ASFC ne s'est pas fiée aux renseignements de la GRC concernant le demandeur. En fait, l'Unité des crimes de guerre de la GRC a refusé de fournir quelque renseignement que ce soit à l'ASFC.

[40] Contrairement aux prétentions du demandeur, on doit faire une distinction entre l'ASFC et la GRC en ce qui concerne la divulgation. Chaque agence effectuait des enquêtes séparées sur le demandeur, c'est-à-dire une enquête relevant du droit administratif dans le cas de l'ASFC et une enquête relevant du droit pénal dans le cas de la GRC. La collaboration entre la GRC, l'ASFC et le ministère de la Justice ne met pas fin à la séparation entre la police et le gouvernement. La GRC détient un privilège d'enquête fondé sur la common law et ce privilège ne peut être modifié que par la loi. Tant que cela ne sera pas fait (et la collaboration entre les trois unités des crimes de guerre n'est certainement pas suffisamment explicite pour être assimilée à une diminution du privilège d'enquête de la GRC), la GRC a droit et, en fait, est tenue de ne pas partager le fruit de ses enquêtes criminelles avec les autres organismes ou ministères du gouvernement.

[41] Le demandeur a invoqué un certain nombre de décisions dans lesquelles la GRC et le ministère public ont été jugés indivisibles aux fins de la divulgation. Chacune de ces décisions ne portent cependant pas sur les mêmes faits. Dans la décision *R. v. Styles*, [2003] O.J. n° 5824 (C.S.J.) (QL), la Cour supérieure de justice de l'Ontario a conclu que tous les documents, directement ou indirectement liés aux accusations déposées devant la Cour, qu'ils soient en la possession effective du ministère public ou non, peuvent être véritablement considérés comme étant en sa possession présumée et doivent être divulgués s'ils sont en la possession du même service de police que celui qui s'occupe de la poursuite en question.

[42] In *R. v. Smith*, 2007 ABQB 172, 419 A.R. 179, what was sought to be produced was an internal administrative review within the RCMP that had been ordered as a result of the death of one RCMP officer and injuries to another following a car accident. It was determined that this material was so factually and intrinsically connected with the circumstances of the criminal charge of dangerous driving causing death and dangerous driving causing bodily harm that it had to be considered as one of the fruits borne out of the investigation and disclosed as part of the criminal prosecution.

[43] These two decisions are strikingly different from the case at bar. First of all, the relationship between the Crown and the material in the hands of the police for which the Crown was held to be in constructive possession was much more intimate in both of these cases than was the case here between the CBSA and the RCMP. Second, the duty to disclose was applied in the context of a criminal prosecution, and it was the information gathered for other purposes that was ordered disclosed; here, it is the information collected as a result of an ongoing investigation that is sought in the context of an administrative procedure.

[44] It is to be noted that even these two cases do not question the general principle that the Crown and the police are separate entities for the purposes of disclosure. In *Stinchcombe*, the Supreme Court held that prosecutors have a duty to disclose relevant matters which the investigation of the crime has disclosed and which are within the control of the prosecutor. If the information is within the control of a third party, a separate procedure has to be followed, as laid out in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. It would set a dangerous precedent if this demarcation line was to be blurred, under the pretext that the Crown and the police were indivisible. Except in the most exceptional circumstances, an administrative agency should not have access to the file of a police force gathered as a result of an ongoing investigation, let alone be held responsible for not disclosing that information.

[42] Dans la décision *R. v. Smith*, 2007 ABQB 172, 419 A.R. 179, on demandait la production d'un examen administratif interne effectué au sein de la GRC dont la tenue avait été ordonnée à la suite du décès d'un agent de la GRC et de blessures infligés à un autre agent à la suite d'un accident d'automobile. On a conclu que ces documents étaient à ce point intrinsèquement et factuellement liés aux circonstances d'accusation criminelle de conduite dangereuse ayant causé la mort et de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles qu'ils devaient être considérés comme étant un des fruits de l'enquête et devaient être divulgués dans le cadre de la poursuite pénale.

[43] Ces deux décisions sont tout à fait différentes de la présente espèce. Premièrement, la relation entre le ministère public et les documents en la possession de la police à l'égard desquels le ministère public a été considéré comme étant en possession présumée était beaucoup plus intime dans ces deux causes que ce n'est le cas en l'espèce entre l'ASFC et la GRC. Deuxièmement, l'obligation de divulgation a été appliquée dans le contexte d'une poursuite criminelle et c'est à l'égard de renseignements recueillis à d'autres fins qu'on a ordonné la divulgation; en l'espèce, ce sont les renseignements recueillis à la suite d'une enquête en cours qui sont demandés dans le contexte d'une procédure administrative.

[44] Il convient de souligner que même ces deux causes ne mettent pas en doute le principe général que le ministère public et la police sont des entités distinctes aux fins de la divulgation. Dans l'arrêt *Stinchcombe*, la Cour suprême a conclu que le substitut du procureur général est tenu de divulguer les renseignements pertinents que l'enquête sur le crime a révélés et dont le substitut du procureur général a le contrôle. Si les renseignements sont sous le contrôle d'une tierce partie, une procédure distincte doit être suivie, et ce, tel qu'énoncé dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. Ce serait là créer un précédent dangereux que de brouiller cette ligne de démarcation sous prétexte que le ministère public et la police sont indivisibles. Sauf dans les circonstances les plus exceptionnelles, un organisme administratif ne devrait pas avoir accès au dossier monté par un corps policier à la suite d'une enquête en cours, encore moins être tenu responsable de ne pas avoir divulgué ces renseignements.

[45] Be that as it may, and even if the Minister did have a duty to disclose the testimonies of Bishop Sebunguri or of Mr. Rutaremara, it would make no difference to the outcome of this case since the applicant waived his alleged right. Having carefully reviewed the entire file, I am of the view that it was entirely reasonable for the Tribunal to hold that the applicant's failure to raise the insufficiency of the disclosure at the earliest opportunity bars him from raising it now.

[46] In his affidavit, the applicant alleges that he has been aware since late 2001 or early 2002 that the RCMP had been investigating his involvement in Francine's death. He also knew that Bishop Sebunguri had been interviewed by the RCMP and that the Bishop had told the RCMP that he was innocent. He also learned, in January 2003, that the RCMP had met his former cook, Aimable Rutaremara, and other people, who also had told the RCMP that he was not involved in Francine's death.

[47] If the applicant truly wished to rely on interview information in the control of the RCMP, he should have raised the issue during the 2006 vacation hearing. He was represented by counsel for much of the proceeding. He has waived any alleged breach of natural justice. It is clear from the transcript of the February 22, 2006 vacation hearing that the applicant's then counsel did not seek disclosure of any RCMP information and in fact would be averse to the use of the fruits of the RCMP investigation.

[48] It is simply not open to the applicant to have waited until after receiving a negative decision by the Tribunal (and a negative decision from this Court on leave) to raise the issue of disclosure in the context of an application to reopen. Where defence counsel makes a tactical decision not to pursue disclosure of certain documents, the court will generally be unsympathetic to a plea that full disclosure of those documents was not made: *R. v. Bramwell* (1996), 106 C.C.C. (3d) 365 (B.C.C.A.). Counsel for the applicant submitted that

[45] Quoiqu'il en soit, même si le ministre était tenu de divulguer le témoignage de l'évêque Sebunguri ou celui de M. Rutaremara, cela ne changerait rien à l'issue de la présente affaire car le demandeur a renoncé à son prétendu droit. Après avoir examiné attentivement le dossier dans son ensemble, je suis d'avis qu'il était tout à fait raisonnable que le Tribunal conclue que l'omission du demandeur de soulever l'insuffisance de la divulgation à la première occasion l'empêche de la soulever maintenant.

[46] Dans son affidavit, le demandeur prétend qu'il savait depuis la fin de 2001 ou depuis le début de 2002 que la GRC faisait enquête sur son implication dans la mort de Francine. Il savait également que l'évêque Sebunguri avait été interrogé par la GRC et qu'il avait dit à celle-ci qu'il était innocent. Il a également appris, en janvier 2003, que la GRC avait rencontré son ancien cuisinier, Aimable Rutaremara, ainsi que d'autres personnes, qui avaient également dit à la GRC qu'il n'était pas impliqué dans la mort de Francine.

[47] Si le demandeur désirait vraiment invoquer des renseignements tirés d'entrevues qui sont détenus par la GRC, il aurait dû soulever cette question au cours de l'audience de la demande d'annulation de 2006. Il a été représenté par un avocat pendant la plus grande partie de cette instance. Il a renoncé à tout prétendu manquement aux principes de la justice naturelle. Il ressort clairement de la transcription de l'audience de la demande d'annulation du 22 février 2006 que l'avocat du demandeur à l'époque n'a demandé la divulgation d'aucun renseignement détenu par la GRC et que, en fait, il s'opposerait à l'utilisation des fruits de l'enquête de la GRC.

[48] Il n'était tout simplement pas loisible au demandeur d'attendre d'avoir reçu une décision défavorable de la part du Tribunal (et une décision défavorable de la part de la Cour sur la demande d'autorisation de pourvoi) pour soulever la question de la divulgation dans le contexte d'une demande de réouverture. Lorsque l'avocat de la défense prend une décision tactique de ne pas tenter d'obtenir la communication de certains documents, le Tribunal sera généralement indifférent à un plaidoyer selon lequel il

there was no evidence that the applicant's then counsel made any tactical decision with respect to disclosure, and that in any event, the duty to disclose all exculpatory and relevant information is one that accrues to the Crown independent of any request. This is no doubt true; nevertheless, the Supreme Court of Canada has held that to do nothing in the face of knowledge that relevant information could have been withheld may, in certain circumstances, support an inference that counsel made a strategic decision not to pursue disclosure: *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244 [at paragraph 37]:

The fair and efficient functioning of the criminal justice system requires that defence counsel exercise due diligence in actively seeking and pursuing Crown disclosure. The very nature of the disclosure process makes it prone to human error and vulnerable to attack. As officers of the court, defence counsel have an obligation to pursue disclosure diligently. When counsel becomes or ought to become aware, from other relevant material produced by the Crown, of a failure to disclose further material, counsel must not remain passive. Rather, they must diligently pursue disclosure. This was aptly stated by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Bramwell* (1996), 106 C.C.C. (3d) 365 (aff'd [1996] 3 S.C.R. 1126), at p. 374:

... the disclosure process is one which engages both the Crown and the defence. It is not one in which defence counsel has no role to play except as passive receiver of information. The goal of the disclosure process is to ensure that the accused is not denied a fair trial. To that end, Crown counsel must disclose everything in its possession which is not clearly irrelevant to the defence, but the defence must also play its part by diligently pursuing disclosure from Crown counsel in a timely manner. Further, where, as here, defence counsel makes a tactical decision not to pursue disclosure of certain documents, the court will generally be unsympathetic to a plea that full disclosure of those documents was not made.

[49] The applicant admitted that, at the time of the vacation proceedings against him, he knew that the RCMP had interviewed at least three witnesses in

n'y a pas eu communication complète de ces documents (*R. v. Bramwell* (1996), 106 C.C.C. (3d) 365 (C.A.C.-B.)). L'avocat du demandeur a prétendu que rien ne prouvait que l'avocat du demandeur à l'époque avait pris une décision tactique quant à la divulgation, et que, de toute façon, l'obligation de divulgation de tous les renseignements disculpatoires et pertinents revient au ministère public, indépendamment de toute demande. Cela est certainement vrai; néanmoins, la Cour suprême du Canada a conclu que lorsque l'avocat sait que des renseignements pertinents n'ont pas été divulgués, il sera justifié, dans certaines circonstances, de déduire que celui-ci a pris une décision stratégique de ne pas tenter d'obtenir la divulgation (*R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244) [au paragraphe 37] :

Pour que le système de justice pénale fonctionne efficacement et équitablement, l'avocat de la défense doit faire preuve de diligence raisonnable en réclamant activement la divulgation par le ministère public. La nature même du processus de divulgation l'expose à l'erreur humaine et à la contestation. En tant qu'officier de justice, l'avocat de la défense est tenu de faire preuve de diligence en tentant d'obtenir la divulgation. Lorsque l'avocat prend ou devrait prendre connaissance, à partir de documents pertinents produits par le ministère public, d'une omission de communiquer d'autres documents, il ne doit pas rester passif. Il doit plutôt tenter diligemment d'en obtenir la communication. Ce principe est bien énoncé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. c. Bramwell* (1996), 106 C.C.C. (3d) 365 (conf. par [1996] 3 R.C.S. 1126), à la p. 374:

[TRADUCTION] ... le processus de divulgation met en cause à la fois le ministère public et la défense. Ce n'est pas un processus dans lequel l'avocat de la défense n'a aucun rôle à jouer, si ce n'est de recevoir l'information de façon passive. Le processus de divulgation vise à assurer que l'accusé ne soit pas privé d'un procès équitable. À cette fin, le substitut du procureur général doit divulguer tout ce qui est en sa possession et qui n'est pas manifestement non pertinent pour la défense, mais la défense doit également jouer son rôle en réclamant de manière diligente au substitut du procureur général la divulgation en temps opportun. De plus, lorsque, comme en l'espèce, l'avocat de la défense prend une décision tactique de ne pas tenter d'obtenir la communication de certains documents, le Tribunal sera généralement indifférent à un plaidoyer selon lequel il n'y a pas eu communication complète de ces documents.

[49] Le demandeur a admis que, au moment de la procédure d'annulation prise contre lui, il savait que la GRC avait interrogé au moins trois témoins du Rwanda

Rwanda who apparently exculpated him of any wrongdoing. However, he claimed that he did not know the RCMP had recorded or transcribed these interviews, and that he was unaware of RCMP practices regarding the collection and retention of evidence. He also submitted that for most of the vacation proceedings, he was unrepresented by counsel, did not know that the Minister had a duty to disclose exculpatory information, and that he had a right to request further disclosure beyond what was already given to him by the Minister. It is only after meeting with another Rwandan facing similar allegations that he would have learned about this.

[50] I do not find this argument convincing, for several reasons. First of all, it is no excuse to argue that he could not exercise his right to request further disclosure because he did not know whether the RCMP recorded or transcribed these interviews, or what the practices of the RCMP are regarding the collection and retention of evidence. If he believed that some witnesses interviewed by the RCMP had given exculpatory statements, he could at least have asked for these statements and attempted to have them disclosed to him; all he was risking was to be told there was no record of these interviews.

[51] Moreover, the applicant cannot succeed on the ground that he was unable to safeguard his rights due to the lack of counsel. Litigants who choose to represent themselves must accept the consequences of their choice: *Wagg v. Canada*, 2003 FCA 303, [2004] 1 F.C.R. 206, at paragraphs 23–25; *Palonek v. M.N.R.*, 2007 FCA 281, 368 N.R. 358, at paragraph 16; *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Hogervorst*, 2007 FCA 41, 359 N.R. 156, at paragraph 35. Moreover, the applicant was represented by counsel during his application for leave and for judicial review of the September 29, 2006 vacation and exclusion decision, where again disclosure was not raised as an issue. It is simply not the Board's function at a hearing for an application to reopen to consider issues that should have been raised in a judicial review application.

qui l'avaient apparemment disculpé de toute faute. Il a toutefois prétendu qu'il ne savait pas que la GRC avait enregistré ou transcrit ces entrevues et qu'il n'était pas au courant des pratiques de la GRC en matière de cueillette et de conservation des éléments de preuve. Il a également prétendu que, pendant la majeure partie de la procédure d'annulation, il n'était pas représenté par un avocat, il ne savait pas que le ministre était tenu de divulguer les renseignements disculpatoires et qu'il avait le droit de demander une divulgation plus importante que celle que le ministre lui avait déjà faite. Ce n'est qu'après avoir rencontré un autre Rwandais à l'égard duquel des allégations semblables avaient été faites qu'il aurait appris cela.

[50] Selon moi, cet argument n'est pas convaincant, et ce, pour diverses raisons. Premièrement, le demandeur ne peut pas invoquer comme excuse qu'il ne pouvait pas exercer son droit de demander une plus ample divulgation parce qu'il ne savait pas si la GRC enregistrerait ou transcrivait ces entrevues ou parce qu'il ne savait pas en quoi consistaient les pratiques de la GRC en matière de cueillette et de conservation d'éléments de preuve. Si, selon lui, certains témoins interrogés par la GRC avaient fait des déclarations disculpatoires, il aurait pu, à tout le moins, demander ces déclarations et tenter d'en obtenir divulgation; tout ce qu'il risquait, c'était qu'on lui dise qu'il n'existait aucun dossier sur ces entrevues.

[51] En outre, le demandeur ne peut pas avoir gain de cause en invoquant qu'il n'a pas pu protéger ses droits parce qu'il n'était pas représenté par un avocat. Les parties à un litige qui choisissent de se représenter elles-mêmes doivent accepter les conséquences de leur choix (*Wagg c. Canada*, 2003 CAF 303, [2004] 1 R.C.F. 206, aux paragraphes 23 à 25; *Palonek c. M.R.N.*, 2007 CAF 281, au paragraphe 16; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Hogervorst*, 2007 CAF 41, au paragraphe 35). En outre, le demandeur a été représenté par un avocat lors de sa demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision prononcée le 29 septembre 2006 relativement à l'annulation et à l'exclusion où, là encore, la question de la divulgation n'a pas été soulevée. Lors d'une audience relative à une demande de réouverture, la Commission n'a tout simplement pas à tenir compte de questions qui

[52] This case bears no similarity with the case of the other Rwandan upon which he relies. It is clear from the affidavit filed by Mr. Ndiwokubwayo in support of the applicant that his counsel (who, incidentally, is now representing the applicant) had requested disclosure of the information contained in CBSA's file as soon as he received notice of the application to vacate refugee protection. He then made a motion to be heard at a pre-hearing conference. Throughout the proceedings, he insisted on having complete disclosure of witness statements. Also of significance is the fact that in Mr. Ndiwokubwayo's case, the witnesses' statements containing exculpatory evidence at issue were within the possession of the CBSA. The evidence originated from the RCMP and it was the CBSA's withholding of evidence they had knowledge of which was at issue. In light of these facts, the Tribunal could reasonably conclude that the applicant's case was not comparable to Mr. Ndiwokubwayo's situation.

[53] Finally, the applicant faces another hurdle in his attempt to challenge the decision of the Tribunal to dismiss his application to reopen his refugee status vacation proceeding. As noted by the Tribunal, even if the applicant had not been excluded for the murder of Francine, he would still have been excluded for the more obvious crimes against humanity in which he was found to be complicit by reason of his active involvement in the FAR. As the Tribunal stated (applicant's record, at page 10):

Moreover, even if the exculpatory statements of Bishop Sebunguri and Aimable Rutaremara had been introduced and given full weight by the member, the applicant might not have been found excluded on that basis, but the more obvious crimes against humanity in which he was found to be complicit by reason of his active involvement in the FAR would nevertheless have yielded the same result. After a review of the member's decision it is clear to the Tribunal that the applicant was not excluded only because of the murder of one Francine but because of his complicity in crimes against humanity while serving in the FAR. The applicant is not alleging that exculpatory evidence existed for that aspect of the case. The

aurait dû être soulevées dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire

[52] La présente affaire ne ressemble en rien à l'affaire que le demandeur invoque et qui met en cause l'autre Rwandais. Il ressort clairement de l'affidavit déposé par M. Ndiwokubwayo à l'appui du demandeur que son avocat (qui, en passant, représente maintenant le demandeur) avait demandé la divulgation des renseignements figurant dans le dossier de l'ASFC dès qu'il avait reçu l'avis de demande d'annulation de la reconnaissance de son statut de réfugié. Il a ensuite présenté une requête demandant à ce qu'il soit entendu à une conférence préparatoire. Tout au long de l'instance, il a insisté pour qu'on lui fasse une divulgation complète des déclarations des témoins. Il importe également de souligner que dans le cas de M. Ndiwokubwayo, les déclarations de témoins comprenant les preuves disculpatoires en litige étaient en la possession de l'ASFC. La preuve provenait de la GRC et c'était la retenue d'éléments de preuve par l'ASFC dont ils étaient au courant qui était en litige. Compte tenu de ces faits, le Tribunal pouvait raisonnablement conclure que le cas du demandeur n'était pas comparable à celui de M. Ndiwokubwayo.

[53] Enfin, le demandeur est confronté à un autre obstacle dans sa tentative de contestation de la décision du Tribunal de rejeter sa demande de réouverture de la procédure d'annulation de la reconnaissance de son statut de réfugié. Comme le Tribunal l'a souligné, même si le demandeur n'a pas été exclu en raison du meurtre de Francine, il aurait quand même été exclu pour les crimes contre l'humanité les plus évidents dont il a été déclaré complice du fait de sa participation active aux activités des FAR. Le Tribunal a déclaré ce qui suit (dossier du demandeur, à la page 10) :

De plus, même si les déclarations disculpatoires de l'évêque Sebunguri et d'Aimable Rutaremara avaient été présentées et que le commissaire leur avait accordé toute l'importance possible, le demandeur n'aurait peut-être pas été exclu pour cette raison, mais les crimes contre l'humanité les plus évidents dont il a été déclaré complice du fait de sa participation active aux activités des FAR auraient néanmoins entraîné le même résultat. Après examen de la décision du commissaire, il est clair pour le Tribunal que le demandeur n'a pas été exclu uniquement en raison du meurtre d'une dénommée Francine; il l'a été du fait qu'il a été complice de crimes contre l'humanité pendant qu'il servait dans les FAR.

Tribunal finds that the undisclosed information was not determinative in this case. In the circumstances, the applicant has suffered no prejudice.

[54] This conclusion was entirely reasonable. A simple perusal of the vacation proceeding transcript reveals that the applicant was highly connected to the governing regime of Rwanda during the genocide of 1994. The applicant testified that he was able to freely enter the presidential palace and wander around Kigali for two weeks while the genocide commenced. His implausible claim that he was unaware of the extent of the massacres was rejected by the Tribunal. Since the applicant has already unsuccessfully sought judicial review of that decision, he should be precluded from attempting to collaterally attack that decision.

[55] Had the Tribunal decided the applicant's case exclusively on the ground of his involvement in the murder of Francine, he might have been entitled to a new hearing (assuming, for the sake of the argument, that there has been a breach of the applicant's right to a fair hearing and that he has not waived his right). But this was not even the most serious ground to vacate his refugee status. It may well be, as the Supreme Court of Canada said in *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at page 661, that "the denial of a right to a fair hearing must always render a decision invalid, whether or not it may appear to a reviewing court that the hearing would likely have resulted in a different decision." But when the impugned decision also rests on other grounds which are untainted by the breach of natural justice principles, there would be no point to send it back on judicial review: see *Lord's Evangelical Church of Deliverance and Prayer of Toronto v. Canada*, 2004 FCA 397, [2005] 1 C.T.C. 135.

[56] The applicant speculated that the exculpatory witness statements could have established that he was among the minority who used their position in the FAR to save Tutsi civilians rather than to kill them. But there

Le demandeur ne prétend pas que des preuves disculpatoires existaient relativement à cet aspect de l'affaire. Le Tribunal estime que l'information qui n'a pas été communiquée n'était pas déterminante en l'espèce. Dans les circonstances, le demandeur n'a subi aucun préjudice.

[54] Cette conclusion était tout à fait raisonnable. Un simple examen attentif de la transcription de la procédure d'annulation révèle que le demandeur entretenait des relations étroites avec le régime en place au Rwanda au cours du génocide de 1994. Le demandeur a affirmé dans son témoignage qu'il pouvait entrer librement dans le palais présidentiel, qu'il a pu se balader dans Kigali pendant deux semaines alors que le génocide avait commencé. Sa prétention invraisemblable selon laquelle il n'était pas au courant de l'importance des massacres a été rejetée par le Tribunal. Comme le demandeur a déjà demandé en vain le contrôle judiciaire de cette décision, il convient de lui interdire de tenter de contester cette décision de façon incidente.

[55] Si le Tribunal avait tranché la cause du demandeur exclusivement au regard de son implication dans le meurtre de Francine, celui-ci aurait peut-être eu droit à une nouvelle audience (si on accepte, pour les fins de la discussion, qu'il y a eu violation du droit du demandeur à une audience équitable et qu'il n'a pas renoncé à son droit à une audience équitable). Il ne s'agissait cependant pas du plus important motif d'annulation de la reconnaissance de son statut de réfugié. Il se peut fort bien, comme la Cour suprême du Canada l'a affirmé dans *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la page 661, que « la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide, que la cour qui exerce le contrôle considère ou non que l'audition aurait vraisemblablement amené une décision différente ». Cependant, lorsque la décision contestée repose également sur d'autres motifs qui ne sont pas viciés par le manquement aux principes de la justice naturelle, il ne servirait à rien de la renvoyer pour contrôle judiciaire (voir *Lord's Evangelical Church of Deliverance and Prayer of Toronto c. Canada*, 2004 CAF 397).

[56] Le demandeur a laissé entendre que les déclarations disculpatoires des témoins établissaient qu'il faisait partie de la minorité de personnes au sein des FAR qui se sont servies de leur position pour sauver

is not a shred of evidence to support that theory, which was roundly rejected by the Tribunal on the applicant's vacation hearing. And nowhere in his affidavit filed in support of this application for judicial review does the applicant mention that Bishop Sebunguri or his cook Aimable Rutaremara would have exculpated him from his complicity in crimes against humanity by reason of his involvement in the FAR. The possibility that their statements might have been relevant to this more serious ground for excluding him is therefore extremely remote, and I am therefore unable to conclude that the Tribunal was unreasonable in finding that the undisclosed information was not determinative at least in that respect.

[57] For all the foregoing reasons, I am therefore of the view that this application for judicial review ought to be dismissed.

[58] Counsel for the applicant proposed four questions for certification purposes:

1. Within the context of the judicial review hearing where the Minister intervenes to seek the exclusion of the claimant, is the Minister under a duty to disclose all relevant evidence in his possession, including exculpatory evidence, subject only to any claims to privilege which would be assessed by the tribunal?
2. Is that duty contingent on any request from the claimant or does the duty exist independently of any request from the claimant?
3. Can the right to disclosure be waived? If so, must the waiver be explicit, or can it be inferred from the conduct of the claimant?
4. If there is a duty to disclose, does that duty include a duty to disclose evidence in the possession of other government agencies when Minister's counsel is aware

des civils tutsis plutôt que de les tuer. Il n'y a cependant pas la moindre preuve à l'appui de cette affirmation, laquelle a été catégoriquement rejetée par le Tribunal lors de l'audience de la demande d'annulation de la reconnaissance du statut de réfugié du demandeur. De plus, nulle part dans l'affidavit qu'il a déposé à l'appui de la présente demande de contrôle judiciaire, le demandeur ne mentionne que l'évêque Sebunguri ou son cuisinier Aimable Rutaremara l'ont disculpé en ce qui concerne sa participation à la perpétration de crimes contre l'humanité du fait de sa participation aux activités des FAR. La possibilité que leurs déclarations auraient pu être pertinentes quant à ce motif plus important d'exclusion est par conséquent très faible et je ne peux donc pas conclure qu'il a été déraisonnable de la part du Tribunal de conclure que les renseignements non divulgués n'avaient pas d'effet déterminant, du moins à cet égard.

[57] Pour tous les motifs qui précèdent, je suis donc d'avis que la présente demande de contrôle judiciaire doit être rejetée.

[58] L'avocat du demandeur a proposé les quatre questions suivantes à la certification :

1. Dans le contexte de l'audience relative au contrôle judiciaire dans laquelle le ministre intervient pour demander l'exclusion du demandeur d'asile, le ministre est-il tenu de divulguer tous les éléments de preuve pertinents en sa possession, notamment les éléments de preuve disculpatoires, sous réserve de revendications de privilège qui pourraient être appréciées par le tribunal?
2. Ce devoir dépend-il d'une demande de la part du demandeur d'asile ou existe-t-il indépendamment de toute demande de la part du demandeur d'asile?
3. Peut-on renoncer au droit à la divulgation? Le cas échéant, la renonciation doit-elle être explicite ou peut-elle être déduite de la conduite du demandeur d'asile?
4. S'il existe une obligation de divulgation, cette obligation comprend-elle une obligation de divulgation des éléments de preuve qui sont en possession d'autres

that that government agency has a file on the person which might contain relevant evidence?

[59] The respondent opposes the certification of the proposed questions.

[60] It is well settled that the test to certify a question is twofold: first, the question must be serious and of general importance, and second, it must be determinative of an appeal: *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167.

[61] I agree with the respondent that the questions proposed by the applicant have already been canvassed by the case law and are quite fact specific. On the other hand, counsel for the applicant strenuously stressed that *Charkaoui No. 2* has changed the law with respect to disclosure. Since these issues are recurring and deserve to be clarified by the Federal Court of Appeal, I am prepared to accept the certification of the four questions submitted by the applicant. As I made it clear in my reasons, I do not think that they are determinative in the context of this particular case; but in light of the serious consequences of these proceedings for the applicant, it is well worth having the benefit of the Federal Court of Appeal's assessment of these matters.

ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. This application for judicial review is dismissed.
2. The following four questions are certified:

1. Within the context of the judicial review hearing where the Minister intervenes to seek the exclusion of the claimant, is the Minister under a duty to disclose all relevant evidence in his possession, including exculpatory evidence, subject only to any claims to privilege which would be assessed by the tribunal?

organismes gouvernementaux lorsque l'avocat du ministre sait que ces organismes gouvernementaux possèdent, sur la personne, un dossier qui contient peut-être des éléments de preuve pertinents?

[59] Le défendeur s'oppose à la certification des questions proposées.

[60] Il est bien établi que le critère applicable à la certification d'une question comporte deux volets : premièrement, la question doit être grave et de portée générale et, deuxièmement, elle doit être déterminante quant à l'appel (*Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89).

[61] Je suis d'accord avec le défendeur pour affirmer que les questions proposées par le demandeur ont déjà été analysées par la jurisprudence et reposent plutôt sur les faits. Pour sa part, l'avocat du demandeur a beaucoup insisté sur le fait que la deuxième décision *Charkaoui* a modifié le droit en ce qui concerne la divulgation. Comme ces questions sont récurrentes et qu'elles méritent d'être clarifiées par la Cour d'appel fédérale, je suis disposé à accepter la certification des quatre questions soumises par le demandeur. Comme je l'ai clairement énoncé dans mes motifs, je ne crois pas qu'elles sont déterminantes dans le contexte de l'espèce, mais, compte tenu des graves conséquences de la présente instance pour le demandeur, il serait utile que ces questions soient soumises à l'analyse de la Cour d'appel fédérale.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. La présente demande de contrôle judiciaire est rejetée.
2. Les quatre questions suivantes sont certifiées :

1. Dans le contexte de l'audience relative au contrôle judiciaire dans laquelle le ministre intervient pour demander l'exclusion du demandeur d'asile, le ministre est-il tenu de divulguer tous les éléments de preuve pertinents en sa possession, notamment les éléments de preuve disculpatoires, sous réserve de

-
- revendications de privilège qui pourraient être appréciées par le tribunal?
2. Is that duty contingent on any request from the claimant or does the duty exist independently of any request from the claimant?
2. Ce devoir dépend-il d'une demande de la part du demandeur d'asile ou existe-t-il indépendamment de toute demande de la part du demandeur d'asile?
3. Can the right to disclosure be waived? If so, must the waiver be explicit, or can it be inferred from the conduct of the claimant?
3. Peut-on renoncer au droit à la divulgation? Le cas échéant, la renonciation doit-elle être explicite ou peut-elle être déduite de la conduite du demandeur d'asile?
4. If there is a duty to disclose, does that duty include a duty to disclose evidence in the possession of other government agencies when Minister's counsel is aware that that government agency has a file on the person which might contain relevant evidence?
4. S'il existe une obligation de divulgation, cette obligation comprend-elle une obligation de divulgation des éléments de preuve qui sont en possession d'autres organismes gouvernementaux lorsque l'avocat du ministre sait que ces organismes gouvernementaux possèdent, sur la personne, un dossier qui contient peut-être des éléments de preuve pertinents?

IMM-2081-08
2009 FC 100

IMM-2081-08
2009 CF 100

Simardeep Singh Kainth (*Applicant*)

Simardeep Singh Kainth (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

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

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

Federal Court, Gauthier J.—Vancouver, January 13 and 30, 2009.

Cour fédérale, juge Gauthier—Vancouver, 13 et 30 janvier 2009.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Permanent Residents — Judicial review of decision of Immigration Appeal Division (IAD) of Immigration and Refugee Board confirming order for applicant's removal to India pursuant to breach of residency obligation set out at Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 28 — Applicant interviewed by port of entry (POE) officer in Canada who issued IRPA, s. 44(1) report, removal order — Applicant kept for several hours in locked waiting room at airport during process — IAD correctly finding POE officer not breaching duty of fairness — Necessary factors considered, applied to facts of case — POE officer's decision purely administrative, not having final effect on applicant — No basis for applicant to expect delay between issuance of s. 44(1) report, issuance of removal order to allow for filing of refugee claim — POE officer fulfilling duties during process by explaining purpose of inquiry, concerns, possible effects of report, etc. — Duty of fairness including minimal participatory rights in present case — IAD also correct in finding POE officer reasonably inferred applicant not facing particular danger in India, not having duty to ask applicant whether wanting to make refugee claim — Application dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a confirmé la mesure ordonnant le renvoi du demandeur en Inde pour manquement à son obligation de résidence prescrite par l'art. 28 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) — Le demandeur a été interrogé par une agente au point d'entrée (PDE) qui a établi un rapport au titre de l'art. 44(1) de la LIPR et a pris une mesure de renvoi — Le demandeur a dû attendre dans une salle d'attente verrouillée à l'aéroport pendant plusieurs heures — La SAI a statué à juste titre que l'agente au PDE n'avait pas manqué à l'obligation d'agir équitablement — Les facteurs nécessaires ont été pris en compte et appliqués aux faits de l'affaire — La décision de l'agente au PDE était purement administrative et elle n'était pas définitive — Aucun fondement ne permettait au demandeur de s'attendre à un délai entre la délivrance du rapport établi en vertu de l'art. 44(1) et la prise de la mesure de renvoi pour qu'il ait le temps de présenter une demande d'asile — L'agente au PDE s'est acquittée de ses obligations pendant le processus en expliquant le but de son enquête, ses préoccupations et les conséquences pouvant découler de son rapport, etc. — Les droits de participation inclus dans l'obligation d'agir équitablement en l'espèce étaient minimaux — De même, la SAI a conclu à juste titre que l'agente au PDE pouvait raisonnablement déduire que le demandeur ne risquait aucun danger particulier en Inde et elle n'avait aucune obligation de lui demander s'il comptait présenter une demande d'asile — Demande rejetée.

Constitutional Law — Charter of Rights — Arrest, Detention, Imprisonment — Port of entry (POE) officer in Canada issuing Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 44(1) report, removal order against applicant — Applicant kept for several hours in locked waiting room at airport during process

Droit constitutionnel — Charte des droits — Arrestation, détention, emprisonnement — L'agente au point d'entrée (PDE) au Canada a établi un rapport au titre de l'art. 44(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) et a pris une mesure de renvoi contre le demandeur —

— *Immigration Appeal Division (IAD) of Immigration and Refugee Board finding Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b) not breached — That decision reasonable, correct — IAD understanding legal test to apply, relying heavily on Supreme Court of Canada’s decision in Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration) setting out applicable principles, analysis for determining whether situation falling within ambit of Charter, s. 10(b) — Charter, s. 10 ensuring person made aware of right to counsel in certain situations — Contextual approach adopted to determine whether applicant in such situation — Not unusual to conduct examinations of permanent residents at port of entry — POE officer notifying applicant’s counsel of desire to proceed with examination at airport — Counsel not requesting adjournment, need to confer with applicant — Although applicant placed in locked waiting room during part of process, could have asked to be moved to another area — Based on evidence, not put in “cell” — Applicant failing to establish s. 10(b) Charter right breached.*

This was an application for judicial review of the decision of the Immigration Appeal Division (IAD) of the Immigration and Refugee Board confirming the order for the applicant’s removal to India pursuant to a breach of his residency obligation set out at section 28 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). The applicant came to Canada as a permanent resident and married an Indian woman who lived in the U.S. They got married in India but encountered problems with the wife’s family who objected to the marriage. The applicant in particular feared possible reprisals by the wife’s brothers in India. They returned to the U.S. where the applicant was later convicted of criminal charges. He was expelled to Canada and was represented by a Canadian immigration lawyer. In Canada, he was interviewed by a port of entry (POE) officer who told him that a breach of his residency obligation could result in his removal to India. While the POE officer was assessing and preparing the applicant’s file, the applicant was left in a waiting room with sliding doors inside a secure area where he remained for several hours. The POE officer advised the applicant’s lawyer that she would be issuing a report under subsection 44(1) of the IRPA recommending the applicant’s removal since he was found to be inadmissible. The applicant’s counsel made no submissions regarding the applicant’s case and did not ask to speak to his client. The applicant was advised of the issuance

Le demandeur a dû attendre dans une salle d’attente verrouillée à l’aéroport pendant plusieurs heures — La Section d’appel de l’immigration (SAI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a conclu qu’il n’y avait pas eu manquement à l’art. 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés — Cette décision était raisonnable et correcte — La SAI a compris le critère juridique à appliquer et s’est considérablement appuyée sur la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans Dehghani c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration), qui énonce les principes applicables et décrit l’analyse à laquelle il faut procéder pour décider si une situation particulière s’inscrit ou non dans le champ d’application de l’art. 10b) de la Charte — L’art. 10 de la Charte vise à assurer que, dans certaines situations, une personne soit informée de son droit à l’assistance d’un avocat — Une méthode contextuelle a été adoptée pour déterminer si le demandeur se trouvait dans une situation de cette nature — Il n’est pas inhabituel de soumettre les résidents permanents, dès l’arrivée au PDE, au contrôle — L’agente au PDE a informé l’avocat du demandeur qu’elle avait l’intention de procéder au contrôle à l’aéroport — L’avocat n’a pas demandé d’ajournement ou donné à entendre qu’il devait consulter le demandeur — Même si le demandeur a été placé dans une salle d’attente verrouillée pendant une partie du processus, il aurait pu demander d’être déménagé dans une autre zone — La preuve démontre qu’il n’a pas été placé dans une « cellule » — Le demandeur n’a pas réussi à établir qu’il y avait eu manquement aux droits que lui reconnaît l’art. 10b) de la Charte.

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision par laquelle la Section d’appel de l’immigration (SAI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a confirmé la mesure ordonnant le renvoi du demandeur en Inde pour manquement à son obligation de résidence prescrite par l’article 28 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR). Le demandeur a immigré au Canada à titre de résident permanent et a épousé une femme indienne qui vivait aux É.-U. Ils se sont mariés en Inde, mais ont rencontré des problèmes avec la famille de l’épouse qui s’opposait au mariage. Le demandeur en particulier craignait de subir des représailles des frères de son épouse en Inde. Le couple est retourné aux É.-U., où le demandeur a ultérieurement été déclaré coupable d’accusations au criminel. Il a été renvoyé au Canada et a été représenté par un avocat canadien en droit de l’immigration. Au Canada, il a été interrogé par une agente au point d’entrée (PDE) qui lui a dit qu’il pourrait être renvoyé en Inde en raison d’un manquement à son obligation de résidence. Pendant que l’agente au PDE évaluait et préparait le dossier du demandeur, celui-ci a dû attendre plusieurs heures dans une salle d’attente munie de portes coulissantes à l’intérieur d’une aire sécuritaire. L’agente au PDE a informé l’avocat du demandeur qu’elle établirait un rapport en application du paragraphe 44(1) de la LIPR recommandant la prise d’une

of the removal order and of his right of appeal. He was later released after a bond was posted.

The applicant filed an appeal to the IAD alleging a breach of his rights under paragraph 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the POE officer had breached her duty of procedural fairness. The prejudice relied upon by the applicant was that the issuance of the removal order immediately after the issuance of the subsection 44(1) report prevented him from filing a refugee claim. The IAD found that there was insufficient evidence to conclude that the applicant's examination was anything other than routine and that it did not constitute "detention" within the meaning of paragraph 10(b) of the Charter. It also found that the POE officer did not breach her duty of fairness in these circumstances.

Held, the application should be dismissed.

The IAD's decision that there was no breach of paragraph 10(b) of the Charter was not only reasonable, it was also correct. The IAD clearly understood the legal test it had to apply and relied heavily on the decision of the Supreme Court of Canada in *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* since that decision clarifies the applicable principles and sets out the contextual analysis that must be carried out to determine whether or not a particular situation falls within the ambit of paragraph 10(b) of the Charter. The purpose of section 10 of the Charter is to ensure that in certain situations, such as arrest and detention, a person is made aware of the right to counsel and is permitted to retain and instruct counsel without delay. A contextual approach was adopted to determine whether the applicant was in such a situation and various factors were weighed in doing so. Even if a permanent resident can choose to be interviewed at a later stage, there is no evidence that it is not in fact usual to conduct the subsection 44(1) examination of permanent residents at the POE. While the applicant had the right to enter Canada after establishing his identity and status as a permanent resident, the officer was still entitled to voice her concerns about his failure to meet, *inter alia*, his residency obligation. He therefore had to be questioned either at the airport or at a later stage. The POE officer in this case clearly signalled her desire to proceed with the examination at the airport to the applicant's counsel, who did not request an adjournment or indicate that he needed to consult his client beforehand. Although the applicant relied on the fact that he was put in a locked waiting room to say that his situation was

mesure de renvoi contre le demandeur, qu'elle estimait interdit de territoire. L'avocat du demandeur n'a pas présenté d'observations concernant l'affaire du demandeur et n'a pas demandé de parler à son client. Le demandeur a été informé de la mesure de renvoi prise contre lui et de son droit d'appel. Il a ensuite été mis en liberté après le dépôt d'un cautionnement.

Le demandeur a interjeté appel à la SAI, alléguant la violation des droits que lui reconnaît l'alinéa 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et manquement à l'obligation d'agir équitablement qui incombe à l'agente au PDE. Le préjudice invoqué par le demandeur découlait du fait que la mesure de renvoi avait été prise immédiatement après la remise du rapport établi en vertu du paragraphe 44(1), ce qui l'avait empêché de déposer une demande d'asile. La SAI a statué qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour conclure que le contrôle du demandeur était autre qu'ordinaire et que ce contrôle ne constituait pas une « détention » au sens de l'alinéa 10b) de la Charte. En outre, elle a déclaré que l'agente au PDE n'a pas manqué à son obligation d'agir équitablement dans les circonstances.

Jugement : la demande doit être rejetée.

La décision de la SAI portant qu'il n'y avait pas eu manquement à l'alinéa 10b) de la Charte était non seulement raisonnable, mais également correcte. La SAI a clairement compris le critère juridique qu'elle devait appliquer et s'est considérablement appuyée sur la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* parce que cette décision clarifie les principes applicables et décrit l'analyse contextuelle à laquelle il faut procéder pour décider si une situation particulière s'inscrit ou non dans le champ d'application de l'alinéa 10b) de la Charte. L'article 10 de la Charte vise à assurer que, dans certaines situations, notamment l'arrestation et la détention, une personne soit informée de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'elle puisse obtenir cette assistance sans délai. Une méthode contextuelle a été adoptée pour déterminer si le demandeur se trouvait dans une situation de cette nature et divers facteurs ont été pondérés pour ce faire. Même si un résident permanent peut choisir d'être interrogé à une étape ultérieure, rien dans la preuve n'indique que ce n'est pas pratique courante de soumettre les résidents permanents, dès l'arrivée au PDE, au contrôle prévu au paragraphe 44(1). Même si le demandeur avait le droit d'entrer au Canada après avoir établi son identité et son statut de résident permanent, l'agente pouvait quand même faire connaître ses préoccupations quant au manquement du demandeur à l'obligation de résidence, notamment, et le demandeur devait donc être questionné, que ce soit à l'aéroport ou plus tard. En l'espèce, l'agente au PDE a clairement fait savoir à l'avocat du demandeur qu'elle avait

not routine and could be akin to detention, the evidence showed that he could have been moved to another area had he requested this. Based on the evidence on the record, the applicant was not put in a “cell” as alleged. Therefore, the applicant failed to meet his persuasive burden that a breach of his rights under paragraph 10(b) of the Charter had been established.

The IAD’s decision and analysis regarding whether the POE officer had breached her duty of fairness was correct and contained no reviewable error. It considered the factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* and applied them to the facts, which included the interactions that actually took place between the POE officer and the applicant’s counsel before the IRPA subsection 44(1) report and removal order were issued. The duty of an officer under subsection 44(1) may vary depending on the status of the person involved, the grounds being reviewed and the different recourse contemplated in the IRPA.

The nature of the decision that was made and the procedures followed in making it were considered to determine the extent of procedural protection required in this case. Although the POE officer had to consider humanitarian and compassionate grounds, her decision was purely administrative and had no final effect on the applicant and the interview that took place was not a hearing.

The nature of the statutory scheme and the importance of the decision were also considered. The POE officer’s decision to issue a report would have little impact on the applicant unless it was acted upon by the Minister’s delegate pursuant to subsection 44(2) of the IRPA. Furthermore, it could not impact the applicant’s permanent resident status until he had exhausted his right of appeal. Therefore, this pointed to a low duty of fairness. Moreover, when the statutory scheme was examined as a whole, the removal order did not have the effect of precluding proper consideration of any danger the applicant might face in India.

There was no evidence on file to explain on what basis the applicant or his counsel could expect a delay between the issuance of the subsection 44(1) report and the issuance of the removal order so as to give the applicant time to file a claim for refugee status. Subsection 99(3) of the IRPA is very clear

l’intention de procéder au contrôle à l’aéroport. L’avocat du demandeur n’a pas présenté de demande d’ajournement ou donné à entendre qu’il devait consulter son client au préalable. Bien que le demandeur se soit appuyé sur le fait qu’il avait été placé dans une salle d’attente verrouillée pour soutenir que sa situation ne tenait pas de la routine et pouvait s’apparenter à la détention, la preuve indiquait qu’il aurait pu avoir été déménagé dans une autre zone s’il l’avait demandé. Il appert de la preuve versée au dossier que le demandeur n’a pas été placé dans une « cellule » comme il le prétend. Le demandeur n’a donc pas satisfait au fardeau de persuasion qui lui incombait quant à l’existence d’un manquement aux droits que lui reconnaît l’alinéa 10b) de la Charte.

La décision et l’analyse de la SAI quant à la question de savoir si l’agente au PDE avait manqué à son obligation d’équité étaient correctes et ne comportaient aucune erreur susceptible de révision. La SAI a tenu compte des facteurs énoncés dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* et les a appliqués aux faits, notamment aux échanges intervenus entre l’agente au PDE et l’avocat du demandeur avant que le rapport prévu au paragraphe 44(1) de la LIPR soit établi et que la mesure de renvoi soit prise. L’obligation qui incombe à un agent au titre du paragraphe 44(1) peut varier en fonction du statut de la personne en cause, de l’objet de l’examen et des différents recours prévus dans la LIPR.

La nature de la décision qui a été rendue et la procédure suivie pour y parvenir ont été prises en compte pour établir la portée de l’obligation d’équité procédurale requise en l’espèce. Bien que l’agente au PDE ait dû se pencher sur les circonstances d’ordre humanitaire, sa décision était purement administrative, elle n’était pas définitive et l’entrevue qui a eu lieu ne constituait pas une audience.

La nature du régime législatif et l’importance de la décision ont aussi été examinées. La décision de l’agente au PDE d’établir un rapport aurait peu de conséquences pour le demandeur, sauf si le délégué du ministre y donnait suite conformément au paragraphe 44(2) de la LIPR. En outre, la décision ne pouvait avoir de conséquence sur le statut de résident permanent du demandeur jusqu’à ce que celui-ci ait épuisé son droit d’appel. Ce facteur suggérait donc une obligation d’équité procédurale de faible importance. Qui plus est, lorsqu’on examine le régime législatif dans son ensemble, on constate que la mesure de renvoi n’avait pas pour effet d’empêcher un examen adéquat de dangers auxquels le demandeur pourrait être exposé en Inde.

Aucun élément de preuve versé au dossier n’expliquait pourquoi le demandeur ou son avocat pouvaient s’attendre à un délai entre la délivrance du rapport établi en vertu du paragraphe 44(1) et la prise de la mesure de renvoi pour que le demandeur ait le temps de présenter une demande d’asile.

and there is no minimum delay set out in the IRPA or in the *Immigration and Refugee Protection Regulations* between the reception of a subsection 44(1) report and a subsection 44(2) decision. For expectations to be legitimate, they must emanate in some way from Citizenship and Immigration Canada's (CIC) conduct, representations or the law itself.

While not determinative in itself, the choice of procedures made by CIC had to be taken into account and respected. Only the "ENF 4: Port of Entry Examination" portion of the *CIC Enforcement Manual (ENF)* was submitted herein. According to section 8.4, generally counsel at POE examinations are not permitted if detention has not occurred. There are however nuances to this policy, none of which applied directly to the applicant's situation. The policy includes the right of all persons who are or may be subject to a report to make submissions and to receive a copy of that report. The IAD found that the POE officer fulfilled her duties during the process. She explained the purposes of her inquiry, the concerns she had and the possible effects of her report, etc. Balancing all the factors, there were minimal participatory rights included in the POE officer's duty of fairness in this case; those rights were respected on the facts of this case; and the duty of fairness incumbent on the officer did not include, among other things, confirming with counsel that he had no submissions to make and felt no need for an adjournment or to speak with his client before the report's issue. The IAD also correctly found that the POE officer could, in this matter, reasonably infer that the applicant was not facing nor fearing any particular danger in India and did not have a duty to ask him if he intended to make a refugee claim in Canada.

Le paragraphe 99(3) de la LIPR est très clair, et ni la LIPR ni le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* ne prescrivent un délai minimal entre le réception d'un rapport établi suivant le paragraphe 44(1) et la prise de la décision au titre du paragraphe 44(2). Pour que les attentes soient légitimes, elles doivent avoir été suscitées d'une manière quelconque par la conduite ou les déclarations de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC), ou découler de la loi elle-même.

Bien que le choix de procédure fait par CIC ne soit pas décisif en soi, la Cour devait en tenir compte et le respecter. Seule la partie du *Guide de l'exécution de la loi (ENF)* de CIC intitulée « ENF 4 : Contrôles aux points d'entrée » a été déposée en l'espèce. Selon l'article 8.4, la politique, de façon générale, est de ne pas permettre la présence d'un conseil lors des contrôles au point d'entrée s'il n'y a pas détention. Toutefois, cet énoncé est nuancé, et aucune nuance ne s'appliquait directement à la situation du demandeur. La politique comporte le droit, pour toute personne qui fait ou est susceptible de faire l'objet d'un rapport, de présenter des observations et de recevoir copie du rapport. La SAI a statué que l'agente au PDE s'est acquittée de ses obligations pendant le processus. Elle a expliqué le but de son enquête, ses motifs de préoccupation et les conséquences qui pouvaient découler de son rapport. Soupesant tous les facteurs, la Cour a conclu que les droits de participation inclus dans l'obligation d'agir équitablement de l'agente au PDE en l'espèce étaient minimaux; compte tenu des faits, ces droits ont été respectés et l'obligation d'agir équitablement incombant à l'agente ne commandait pas que celle-ci confirme, entre autres, avec l'avocat qu'il n'avait aucune observation à faire et qu'il ne croyait pas nécessaire d'obtenir un ajournement ni de parler avec son client avant l'établissement du rapport. De même, la SAI a conclu à juste titre que l'agente au PDE pouvait en l'espèce raisonnablement déduire que le demandeur ne risquait ni ne craignait aucun danger particulier en Inde et elle n'avait aucune obligation de lui demander s'il comptait présenter une demande d'asile au Canada.

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. 10(b).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 27(1), 28 (as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 172(E)), 41, 44, 46, 47, 48, 49, 63(3), 67, 99(3), 101, 112(1).

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227.

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. 10b).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 27(1), 28 (mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 172(A)), 41, 44, 46, 47, 48, 49, 63(3), 67, 99(3), 101, 112(1).

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227.

CASES CITED

APPLIED:

Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1993] 1 S.C.R. 1053, (1993), 101 D.L.R. (4th) 654, 10 Admin. L.R. (2d) 1; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173; *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409, 267 D.L.R. (4th) 324, 42 Admin. L.R. (4th) 204.

CONSIDERED:

Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2005 FC 429, [2006] 1 F.C.R. 3, 271 F.T.R. 257, 45 Imm. L.R. (3d) 249; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577.

REFERRED TO:

Mendoza v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness), 2007 FC 934, 317 F.T.R. 118; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, (1988), 55 D.L.R. (4th) 673, 45 C.C.C. (3d) 296; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, [1989] 1 W.W.R. 354, (1988), 45 C.C.C. (3d) 46; *Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 49, [2004] 3 F.C.R. 49, 236 D.L.R. (4th) 485, 11 Admin. L.R. (4th) 306; *34156 Alberta Ltd. v. M.N.R.*, 2006 FC 1133, [2007] 1 C.T.C. 110, 2006 DTC 6689, 300 F.T.R. 74, aff'd 2008 FCA 228, [2009] 1 C.T.C. 8, 2008 DTC 6543; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, 292 D.L.R. (4th) 193, 72 Admin. L.R. (4th) 30; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, 208 D.L.R. (4th) 1, 37 Admin. L.R. (3d) 159; *R. v. Therens et al.*, [1985] 1 S.C.R. 613, (1985), 18 D.L.R. (4th) 655, [1985] 4 W.W.R. 286; *R. v. Pomeroy*, 2008 ONCA 521, 91 O.R. (3d) 261, 173 C.R.R. (2d) 269, 249 O.A.C. 287.

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Enforcement Manual (ENF)*. Chapter ENF 4: Port of Entry Examinations, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/enf/enf04-eng.pdf>>.

Citizenship and Immigration Canada. *Enforcement Manual (ENF)*. Chapter ENF 5: Writing 44(1) Reports, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/enf/enf05-eng.pdf>>.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] 1 R.C.S. 1053; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 429, [2006] 1 R.C.F. 3; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1.

DÉCISIONS CITÉES :

Mendoza c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile), 2007 CF 934; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 49, [2004] 3 R.C.F. 49; *34156 Alberta Ltd. c. M.R.N.*, 2006 CF 1133, conf. par 2008 CAF 228; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *R. c. Therens et autres*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. v. Pomeroy*, 2008 ONCA 521, 91 O.R. (3d) 261, 173 C.R.R. (2d) 269, 249 O.A.C. 287.

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de l'exécution de la loi (ENF)*. Chapitre ENF 4 : Contrôles aux points d'entrée, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/enf/enf04-fra.pdf>>.

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de l'exécution de la loi (ENF)*. Chapitre ENF 5 : Rédaction des rapports en vertu du L44(1), en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/enf/enf05-fra.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of a decision ([2008] I.A.D.D. No. 808 (QL)) of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board confirming the order for the applicant's removal to India pursuant to a breach of his residency obligation set out at section 28 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application dismissed.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision ([2008] D.S.A.I. n° 808 (QL)) par laquelle la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a confirmé la mesure ordonnant le renvoi du demandeur en Inde pour manquement à son obligation de résidence prescrite par l'article 28 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

APPEARANCES

Gordon H. Maynard for applicant.
Cheryl D. E. Mitchell for respondent.

ONT COMPARU

Gordon H. Maynard pour le demandeur.
Cheryl D. E. Mitchell pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Maynard Kischer Stojicevic, Vancouver, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Maynard Kischer Stojicevic, Vancouver, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

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

[1] GAUTHIER J.: The applicant, Mr. Kainth, seeks judicial review of the decision of the Immigration Appeal Division (IAD) [[2008] I.A.D.D. No. 808 (QL)] confirming the order for his removal to India, pursuant to a breach of his residency obligation set out at section 28 [as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 172(E)]¹ of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA).

[1] LA JUGE GAUTHIER : Le demandeur, M. Kainth, sollicite le contrôle judiciaire d'une décision [[2008] D.S.A.I. n° 808 (QL)] par laquelle la Section d'appel de l'immigration (SAI) a confirmé la mesure ordonnant son renvoi en Inde pour manquement à l'obligation de résidence prescrite par l'article 28 [mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 172(A)]¹ de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR).

[2] For the reasons that follow, the Court finds that the IAD did not commit any reviewable error in its determination of Mr. Kainth's rights under paragraph 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter), or in finding that the port of entry (POE) officer who interviewed him had not breached her duty of fairness.

[2] Pour les motifs exposés ci-après, la Cour estime que la SAI n'a commis aucune erreur susceptible de révision en statuant sur les droits garantis à M. Kainth par l'alinéa 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), ni en concluant que l'agente qui a interrogé le demandeur au point d'entrée (l'agente au PDE) n'a pas manqué à son obligation d'agir équitablement.

Background²

[3] The applicant is a citizen of India. He immigrated to Canada with his parents as permanent residents in June 2000 after being sponsored by his sister. He remained in Canada for about a year after which he eloped with an Indian woman he met over the internet, who lived in the United States. He married her in India in August 2001. The family of his bride objected to the marriage on the basis of caste difference and the applicant alleges that the couple feared reprisal from her brothers in India and that they lived in hiding with his own relatives for a few months while there. The couple returned to the United States towards the end of 2001, where his wife was studying under a student visa and her parents had refugee status. Shortly thereafter, the applicant made a refugee claim under a false name,³ pretending to be an Indian activist who had been tortured in his country. He was granted asylum in the United States in 2002.

[4] In January 2003, Mr. Kainth was arrested for aggravated battery on his six-month-old daughter and in May 2003 was convicted after pleading guilty. He was sentenced to a little over three and a half years of incarceration but was released on the basis of good conduct on December 15, 2005. By that time, he was divorced from his first wife. During the police investigation of the assault charges, his true name and some Canadian identity documentation came to light. Thus, his refugee status was cancelled after a hearing where he was represented by a lawyer appointed by his family in Canada. He was then offered the choice of appealing this decision or being expelled to India or Canada. He chose to return to Canada. He remained in detention with the U.S. immigration authorities until such time as his expulsion could be executed.

[5] As it appears from the appointment of counsel dated October 25, 2005, faxed to the POE officer, a Canadian immigration lawyer was retained by his family

Contexte²

[3] Le demandeur est citoyen indien. Il a immigré au Canada avec ses parents en juin 2000 à titre de résident permanent, après avoir été parrainé par sa sœur. Il est demeuré au Canada environ un an, puis s'est enfui avec une femme indienne dont il avait fait la connaissance sur Internet et qui vivait aux États-Unis. Le demandeur et elle se sont mariés en Inde, en août 2001. La famille de la nouvelle mariée s'est opposée au mariage en raison de la différence de caste, et le demandeur allègue que le couple craignait de subir des représailles des frères de la mariée, en Inde, de sorte que le couple a vécu caché auprès de parents du demandeur durant quelques mois pendant leur séjour là-bas. Vers la fin de 2001, le couple est retourné aux États-Unis; où l'épouse du demandeur, qui détenait un visa d'étudiant, poursuivait des études, et où les parents de celle-ci avaient obtenu le statut de réfugié. Peu après, le demandeur a présenté une demande d'asile sous un faux nom³, prétendant être un activiste indien qui avait été soumis à la torture dans son pays. Il a obtenu l'asile aux États-Unis en 2002.

[4] En janvier 2003, M. Kainth a été arrêté pour batterie grave sur sa fille de six mois, et il a été déclaré coupable en mai 2003, après avoir présenté un plaidoyer de culpabilité. Il a été condamné à purger une peine d'emprisonnement d'un peu plus de trois ans et demi, mais a été libéré pour bonne conduite le 15 décembre 2005. À l'époque de sa mise en liberté, il était divorcé de sa première épouse. Au cours de l'enquête policière sur les accusations de batterie, les autorités ont découvert le nom véritable et certains documents d'identité canadienne du demandeur. De ce fait, son statut de réfugié a été révoqué au terme d'une audience durant laquelle le demandeur était représenté par un avocat retenu par sa famille au Canada. On lui a alors donné le choix de faire appel de cette décision ou d'être expulsé en Inde ou au Canada. Le demandeur a choisi de retourner au Canada. Il est demeuré incarcéré sous la responsabilité des autorités de l'immigration américaine jusqu'au moment où l'expulsion a pu être exécutée.

[5] Comme l'atteste le document de désignation d'un avocat daté du 25 octobre 2005 et transmis par télécopieur à l'agente au PDE, un avocat canadien spécialisé

to represent him in respect of his immigration matters in Canada.

[6] On January 31, 2006, he was escorted by two U.S. immigration officers to the Vancouver International Airport, where after a brief examination at the counter, he underwent what the parties referred to before the IAD as a secondary examination by Immigration Canada to determine his identity and status.

[7] The POE officer, having been advised by the applicant that he had immediate family in the Vancouver area and while the applicant was undergoing a secondary examination by Customs, contacted his sister and his brother-in-law to confirm his identity and that they were indeed waiting for him.

[8] Shortly after this conversation, Mr. Kainth's counsel contacted the POE officer directly. Upon being advised that Mr. Kainth was not with the immigration officer at the time of his call and that his appointment would need to be confirmed, said counsel indicated that he had an appointment of counsel duly signed by the applicant, which he offered to fax to the POE officer. Here we should note that although the evidence of the applicant and the officer are not exactly the same, both say that the applicant advised the POE officer of the fact that a lawyer had been appointed to represent him early in the process.

[9] According to the POE officer, shortly after receiving this document, she called counsel back to advise him that she had concerns about his client meeting his residency obligation (he had been outside of Canada for more than 730 days within the five-year period immediately preceding his arrival in Canada). In addition, she also indicated that the applicant might be inadmissible because of his criminal conviction in the United States, but this aspect of the file will not be discussed in any detail given that it is not the subject of the decision of the IAD presently before the Court. It appears that said counsel did not seek an adjournment of this interview, nor did he ask to be present. He did not

en droit de l'immigration a été retenu par la famille du demandeur pour représenter ce dernier dans ses affaires d'immigration au Canada.

[6] Le 31 janvier 2006, le demandeur a été escorté par deux agents d'immigration des États-Unis jusqu'à l'aéroport international de Vancouver, où, après avoir été brièvement interrogé au guichet, il a subi, de la part d'Immigration Canada, ce que les parties devant la SAI ont appelé un contrôle secondaire visant à établir son identité et son statut.

[7] L'agente au PDE, avertie par le demandeur que des membres de sa famille immédiate vivaient dans la région de Vancouver, a communiqué avec la sœur et le beau-frère du demandeur pour confirmer son identité et vérifier qu'ils l'attendaient bien, pendant que le demandeur subissait un contrôle secondaire de la part des autorités douanières.

[8] Peu après cette conversation, l'avocat de M. Kainth a communiqué directement avec l'agente au PDE. Avisé que M. Kainth ne se trouvait pas auprès de l'agente d'immigration au moment de son appel et que son propre mandat devrait être confirmé, l'avocat a répondu être en possession d'un document, dûment signé par le demandeur, le désignant comme avocat, et il a offert de le transmettre par télécopieur à l'agente au PDE. Il convient de souligner ici que malgré certaines différences entre le récit du demandeur et celui de l'agente, l'un et l'autre déclarent que le demandeur a informé l'agente au PDE qu'un avocat avait été retenu pour le représenter dès le début de la procédure.

[9] L'agente affirme qu'après avoir reçu le document en question, elle a rapidement rappelé l'avocat pour lui indiquer que la question du respect de l'obligation de résidence de son client (il avait été absent du Canada plus de 730 jours pendant la période quinquennale précédant immédiatement son arrivée au Canada) la préoccupait. Elle a aussi précisé que le demandeur pourrait être interdit de territoire en raison de l'infraction criminelle dont il avait été trouvé coupable aux États-Unis, mais la Cour n'approfondira pas cet aspect du dossier puisque la décision de la SAI contestée en l'espèce ne porte pas sur cette question. Il appert que l'avocat n'a pas demandé que l'entrevue soit reportée

ask to speak to Mr. Kainth. In fact, according to the POE officer's affidavit dated May 29, 2006 (paragraph 17), which was not contradicted, counsel indicated that he had anticipated that this might be the case and had advised the applicant's family that they might be required to post a bond.⁴

[10] The examination of Mr. Kainth in respect of his residency obligation was not very long given that the calculation of his absences in this case was rather straightforward on account of his incarceration and the fact that the POE officer had received a red folder from the U.S. authorities containing relevant documentation in relation thereto. However, in accordance with subsection 28(2) of the IRPA, she reviewed with him various issues in respect of his history in the United States, his former wife and his child, as well as his family in India and in Canada. She also asked about his refugee claim in the United States. His answer (this evidence is not contested) was that he did not know the basis of such claim, as his former wife and her family had taken care of it.

[11] There is conflicting evidence (between the testimony of the applicant and that of the POE officer) as to whether early in his interview Mr. Kainth told said officer about having experienced problems with his former wife's brothers in India. However, it is acknowledged by the applicant that he did not mention that as of January 2006, he feared returning to India. Rather, his position is that the POE officer should have inquired about it. There is also conflicting evidence as to whether or not the applicant requested to speak to his lawyer. Mr. Kainth alleges that he requested this on three separate occasions during the entire process, while this is specifically denied by the POE officer.

[12] As mentioned, the POE officer denies that Mr. Kainth advised her of any problem having occurred in India in 2001. Her evidence is that she specifically recalls that, after explaining her concerns to him concerning his criminality, she told him that a breach of his residency obligation might well result in his removal to India. She says that she also explained to him that she was not convinced that he had raised sufficient

ni n'a demandé d'y assister. Il n'a pas non plus demandé de parler à M. Kainth. En réalité, selon l'affidavit souscrit par l'agente au PDE le 29 mai 2006 (au paragraphe 17), lequel n'est pas contredit, l'avocat a répondu qu'il s'attendait à ce que ce puisse être le cas et qu'il avait averti la famille du demandeur qu'elle pourrait devoir fournir un cautionnement⁴.

[10] Le contrôle concernant l'obligation de résidence de M. Kainth n'a pas duré très longtemps, le calcul de ses périodes d'absence s'avérant relativement simple, compte tenu de son incarcération et du fait que l'agente au PDE avait reçu des autorités américaines une chemise rouge contenant des documents pertinents à cet égard. Toutefois, conformément aux dispositions du paragraphe 28(2) de la LIPR, l'agente a fait le point avec lui sur différentes questions touchant son passé aux États-Unis, son ancienne épouse et son enfant, de même que sa famille en Inde et au Canada. Elle l'a aussi interrogé sur sa demande d'asile aux États-Unis. Il a répondu (la preuve sur ce point n'est pas contestée) ne pas connaître le fondement de cette demande, parce que son épouse et la famille de celle-ci s'en étaient occupée.

[11] La preuve est contradictoire (les témoignages du demandeur et celui de l'agente au PDE ne concordant pas) sur la question de savoir si, en début d'entrevue, M. Kainth a déclaré à l'agente avoir eu des problèmes avec les frères de son ancienne épouse en Inde. Le demandeur reconnaît toutefois n'avoir pas mentionné craindre, en janvier 2006, de retourner en Inde. Il soutient plutôt que l'agente au PDE aurait dû l'interroger à cet égard. La preuve est également contradictoire quant à savoir si le demandeur a ou non demandé de parler à son avocat. M. Kainth prétend qu'il a formulé cette demande à trois reprises distinctes pendant le déroulement de la procédure, alors que l'agente au PDE nie formellement cette prétention.

[12] Comme il a été mentionné, l'agente au PDE nie que M. Kainth l'ait informée que des problèmes seraient survenus en Inde en 2001. Elle affirme se souvenir clairement qu'après avoir fait part au demandeur de ses préoccupations concernant sa criminalité, elle lui a dit que s'il n'avait pas respecté son obligation de résidence, il pourrait bien être renvoyé en Inde. Elle déclare avoir aussi expliqué au demandeur qu'elle n'était pas

humanitarian considerations to warrant the exercise of her discretion not to report him. She testified that she specifically asked if he had anything else to add for her consideration, in answer to which he only referred to his desire to stay in Canada.

[13] While the POE officer reviewed the relevant documents in her possession, finalized her assessment, typed her report and prepared other documentation, Mr. Kainth was left in a waiting room with sliding doors inside the secure area where the immigration officers have their offices and cubicles for private interviews. That room had sliding doors that could not be opened from the inside. He remained there for several hours while the following events were taking place.

[14] The POE officer gave evidence that before reporting to the Minister's delegate, she spoke with Mr. Kainth's lawyer to advise him that she would be issuing a report under subsection 44(1) of the IRPA recommending the issuance of a removal order as she had found Mr. Kainth to be inadmissible (paragraph 41(b) and subsection 44(1) of the IRPA). The uncontradicted evidence is that said counsel simply asked her to fax him a copy of her report after its issuance. He made no submissions whatsoever.

[15] It also appears that at that stage, the POE officer discussed with the applicant's counsel the conditions that she would have to consider pursuant to subsection 44(3) of the IRPA. He reiterated that the possibility of having to file a \$10 000 security bond had already been envisaged and that the family was able and willing to do so. Thus, after the Minister's representative issued the removal order on the basis of a breach of Mr. Kainth's residency obligation and ordered that an admissibility hearing be scheduled at a later stage to address the second report of the POE officer dealing with his criminality,⁵ the POE officer called Mr. Maghera, the applicant's brother-in-law, to confirm the need for a \$10 000 security bond. She indicated that whenever he was ready, he could come to pick Mr. Kainth up at the

convaincue qu'il avait fait valoir des circonstances d'ordre humanitaire justifiant l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de ne pas rédiger un rapport contre lui. Elle lui a expressément demandé, précise-t-elle, s'il y avait quoi que ce soit d'autre dont il souhaitait qu'elle tienne compte, ce à quoi il s'est limité à répondre qu'il souhaitait demeurer au Canada.

[13] Pendant que l'agente au PDE passait en revue les documents pertinents en sa possession, finalisait son évaluation, dactylographiait son rapport et préparait d'autres documents, M. Kainth a dû attendre dans une salle d'attente munie de portes coulissantes, à l'intérieur de l'aire sécuritaire où se trouvent les bureaux des agents d'immigration et les bureaux à cloisons servant aux entretiens privés. Cette pièce était munie de portes coulissantes qui ne peuvent être ouvertes de l'intérieur. Le demandeur y est resté plusieurs heures, pendant que se déroulaient les événements décrits ci-après.

[14] L'agente au PDE a déclaré qu'avant de faire rapport au délégué du ministre, elle a communiqué avec l'avocat de M. Kainth pour l'informer qu'en application du paragraphe 44(1) de la LIPR, elle établirait un rapport recommandant la prise d'une mesure de renvoi contre M. Kaith, qu'elle estimait être interdit de territoire (article 41) et paragraphe 44(1) de la LIPR). Suivant la preuve non contredite, l'avocat a simplement demandé à l'agente de lui transmettre une copie du rapport par télécopieur lorsqu'il serait établi. Il n'a fait aucune observation.

[15] Il appert aussi qu'à cette étape, l'agente au PDE a discuté avec l'avocat du demandeur des conditions qu'elle devrait envisager en application du paragraphe 44(3) de la LIPR. L'avocat a réitéré que la possibilité de devoir remettre une garantie d'exécution de 10 000 \$ avait déjà été prévue, que la famille du demandeur était en mesure de le faire et y était disposée. Aussi, après que le délégué du ministre eut pris la mesure de renvoi fondée sur l'inobservation de l'obligation de résidence par M. Kainth et ordonné qu'une enquête soit fixée à une étape ultérieure relativement au deuxième rapport de l'agente au PDE sur la criminalité⁵, l'agente a téléphoné à M. Maghera, le beau-frère du demandeur, pour confirmer la nécessité de remettre une garantie d'exécution de 10 000 \$. Elle lui a dit qu'il pourrait

airport. Mr. Maghera simply answered that he would shortly be on his way to the airport to file the bond.

[16] According to the POE officer, it is only at this point in time⁶ that she was advised that Mr. Kainth wanted to talk to her. She proceeded to the “waiting room” and he advised her that he wanted to call his family and his lawyer. However, it is not disputed that upon being advised that Mr. Maghera was on his way to file his bond and pick him up and that she had spoken with his lawyer, Mr. Kainth did not pursue his request to call and appeared content to wait for his brother-in-law. It is also not contested that Mr. Kainth was then advised of the issuance of the removal order, given a copy of the POE officer’s report and other relevant documentation and informed of his right of appeal. Mr. Maghera arrived at the airport a few hours later. The POE officer, having completed her shift, had already left. After the filing of the bond and fingerprinting, the applicant left the airport.

[17] In addition to his notice of appeal, the applicant also filed, on February 15, 2006, an application for leave and judicial review of the removal order, alleging a breach of his rights under paragraph 10(b) of the Charter and of the duty of procedural fairness of the POE officer for having: (i) failed to advise him that unless he made a refugee claim before the removal order was issued, he would lose his right to do so; and, (ii) failed to respect his right to counsel during his interview in respect of his residency obligation.

[18] Upon a motion by the Minister, the Federal Court found on September 13, 2006 that the application was premature as Mr. Kainth had not exhausted his right to appeal to the IAD. At this stage, it is worth noting that pursuant to subsection 67(2) of the IRPA, the IAD has jurisdiction to hear such a matter “*de novo*”, and to consider humanitarian considerations arising from circumstances up to the date of the hearing before it.⁷ Thus, at the hearing in March 2008, the applicant relied on his own testimony, on the testimony of his Canadian wife whom he had married in January 2008, a

venir chercher M. Kainth à l’aéroport dès qu’il serait prêt. M. Maghera a tout simplement répondu qu’il se rendrait incessamment à l’aéroport pour déposer le cautionnement demandé.

[16] L’agente au PDE atteste que c’est à ce moment seulement⁶ qu’elle a été avertie que M. Kainth désirait lui parler. Elle s’est rendue à la [TRADUCTION] « salle d’attente », et le demandeur lui a fait savoir qu’il voulait communiquer avec sa famille et son avocat. Cependant, il n’est pas contesté qu’en apprenant que M. Maghera était en route pour venir déposer le cautionnement et le chercher et que l’agente avait parlé avec son avocat, M. Kainth n’a pas réitéré sa demande et a semblé satisfait d’attendre son beau-frère. Il n’est pas contesté non plus que M. Kainth a alors été informé de la mesure de renvoi prise contre lui, a reçu copie du rapport de l’agente au PDE et d’autres documents utiles et a été informé de son droit d’appel. M. Maghera est arrivé à l’aéroport quelques heures plus tard. L’agente au PDE, qui avait terminé sa journée de travail, avait déjà quitté. Après le dépôt du cautionnement et la prise des empreintes digitales, le demandeur a quitté l’aéroport.

[17] En plus de son avis d’appel, le demandeur a aussi déposé, le 15 février 2006, une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire de la mesure de renvoi, alléguant la violation des droits que lui reconnaît l’alinéa 10b) de la Charte et manquement à l’obligation d’agir équitablement qui incombe à l’agente au PDE, du fait que celle-ci : i) ne l’a pas averti qu’à moins de présenter une demande d’asile avant que la mesure de renvoi soit rendue, il perdrait le droit de le faire; ii) n’a pas respecté son droit à l’assistance d’un avocat pendant son entrevue concernant l’obligation de résidence.

[18] À la suite d’une requête du ministre, la Cour fédérale a jugé, le 13 septembre 2006, que la demande était prématurée puisque M. Kainth n’avait pas épuisé son droit d’appel à la SAI. Il convient de souligner ici que, selon le paragraphe 67(2) de la LIPR, la SAI a compétence pour connaître de l’affaire « *de novo* » et pour tenir compte des motifs d’ordre humanitaire afférents aux circonstances jusqu’à la date de l’audience devant elle⁷. Aussi, à l’audience tenue en mars 2008, le demandeur a-t-il fondé sa preuve sur son propre témoignage, sur celui de son épouse canadienne, avec

psychologist's report, as well as other documentary evidence. This included all the material filed in respect to his earlier application before the Federal Court, particularly his memorandum of fact and law to which the IAD was expressly asked to refer in order to supplement the oral submissions made before it.

[19] During that hearing, it was acknowledged by both sides that even if the original removal order was found to be void, because of an alleged breach of procedural fairness and of paragraph 10(b) of the Charter, the IAD could decide the original issues in finality without returning the matter before the original decision maker and confirm the removal of Mr. Kainth. However, the applicant's counsel submitted to the IAD that it should exercise its discretion to return the matter to the Minister's representative to allow the applicant to file a refugee claim.

[20] In effect, it was clear that by then, the issue was not so much that additional information could have been provided to the POE officer in respect of the residency obligation or the humanitarian considerations but rather that the prejudice relied upon by the applicant was that the issuance of the removal order immediately after the issuance of the subsection 44(1) report prevented him from filing a refugee claim based on an alleged fear of reprisal from the brothers of his first wife in India (subsection 99(3) of the IRPA).

[21] It is also evident from the memorandum of fact and law before the IAD that although the applicant expected to be interviewed on his residency obligation (see paragraph 92 of the memorandum of fact and law), he (or his counsel) did not expect that a removal order would be issued by the Minister's representative immediately at the POE, upon receipt of the subsection 44(1) report from the POE officer.

qui il s'était marié en janvier 2008, sur le rapport d'un psychologue ainsi que sur d'autres éléments de preuve documentaire. Ces éléments comprenaient tous les documents déposés dans le cadre de sa demande antérieure à la Cour fédérale, notamment son mémoire des faits et du droit, auquel le demandeur a d'ailleurs expressément demandé à la SAI de se reporter pour compléter les plaidoiries présentées devant elle.

[19] Au cours de cette audience, les deux parties ont reconnu que même si la mesure de renvoi initiale était jugée invalide en raison d'un manquement allégué à l'équité procédurale et à l'alinéa 10b) de la Charte, la SAI pourrait statuer en dernier ressort sur les questions initiales sans renvoyer l'affaire au premier décideur et confirmer le renvoi de M. Kainth. Toutefois, l'avocat du demandeur a plaidé devant la SAI que celle-ci devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'affaire au délégué du ministre pour permettre au demandeur de présenter une demande d'asile.

[20] Dans les faits, il était évident qu'à ce stade, la question n'était pas tant que des renseignements additionnels auraient pu être fournis à l'agente au PDE relativement à l'obligation de résidence ou aux circonstances d'ordre humanitaire, mais que le préjudice invoqué par le demandeur découlait plutôt du fait que la mesure de renvoi avait été prise immédiatement après la remise du rapport établi en vertu du paragraphe 44(1), ce qui avait empêché le demandeur de déposer une demande d'asile fondée sur sa crainte alléguée de subir des représailles en Inde de la part des frères de sa première épouse (paragraphe 99(3) de la LIPR).

[21] Il ressort aussi clairement du mémoire des faits et du droit dont disposait la SAI que, même si le demandeur s'attendait à être interrogé sur son respect de l'obligation de résidence (voir le paragraphe 92 du mémoire des faits et du droit), il (ou son avocat) n'avait pas prévu que le délégué du ministre prendrait une mesure de renvoi sans délai au point d'entrée, dès réception du rapport établi par l'agente au PDE en application du paragraphe 44(1).

The IAD Decision

[22] In its 18-page decision, the IAD held that:

(1) Mr. Kainth had breached his obligation of residency, this much having been admitted to at the beginning of the hearing.

(2) There were insufficient humanitarian and compassionate circumstances to warrant the granting of special discretionary relief. Before coming to this conclusion the IAD reviewed in some detail the evidence and made various findings in respect of Mr. Kainth's credibility, or lack thereof, such as:

- That the applicant had a history of lying whenever it suits him. For example, apart from making a refugee claim under a false name, when his true identity documents were found by the police investigator, he denied that they were his and said that they were for his cousin. When this was not accepted, he indicated that they were prepared for him but only to have papers enabling him to look older.

- In addition to falsely stating to the POE officer that he knew nothing about his refugee claim, he also testified before the IAD that he did not know what happened with his American refugee status. This was not found credible, in light of the evidence that he attended a hearing on that very issue by video-conference and had signed documents related thereto, all while duly represented by a lawyer.

- To explain his guilty plea to the charges of aggravated battery on his infant daughter, he testified that in fact, it was not battery as the injury occurred by accident. The IAD rejected that explanation based on the investigation report on file which referred to the doctor's report showing that the baby had suffered several types of injuries which were at different stages of healing and concluding that there was evidence of repeated abuse. Mr. Kainth then proposed as an explanation that his parents-in-law could have been

La décision de la SAI

[22] Dans sa décision de 18 pages, la SAI a décidé que :

1) M. Kainth ne s'est pas conformé à l'obligation de résidence, un fait qui a été admis en début d'audience.

2) Il n'existait pas suffisamment de motifs d'ordre humanitaire pour justifier la prise de mesures spéciales. Avant de tirer cette conclusion, la SAI a examiné la preuve de façon assez détaillée et a fait certaines observations concernant la crédibilité ou l'absence de crédibilité de M. Kainth, relevant notamment les éléments suivants :

- Le demandeur a l'habitude de mentir quand cela lui convient. Par exemple, en plus de présenter une demande d'asile sous un faux nom, lorsque l'enquêteur de police a découvert ses véritables documents d'identité, il a nié que ces documents soient les siens et a prétendu qu'ils appartenaient à son cousin. Cette explication n'ayant pas été acceptée, il a indiqué que les documents avaient été préparés pour lui dans le seul but de lui permettre de paraître plus âgé.

- En plus de déclarer faussement à l'agente au PDE qu'il ne savait rien de sa demande d'asile, il a affirmé devant la SAI qu'il ignorait ce qu'il était advenu de son statut de demandeur d'asile aux États-Unis. Ces réponses n'ont pas été jugées crédibles, compte tenu de la preuve selon laquelle il était présent à l'audition par vidéoconférence de cette demande et avait signé des documents s'y rapportant, alors qu'il était dûment représenté par avocat.

- Pour expliquer son plaidoyer de culpabilité aux accusations de batterie grave sur sa fille mineure, il a affirmé qu'en réalité, il ne s'agissait pas de batterie puisque les blessures résultaient d'un accident. La SAI a rejeté cette explication à la lumière du rapport d'enquête au dossier, qui faisait lui-même état du rapport médical portant que le bébé avait subi plusieurs types de blessures parvenues à diverses étapes de guérison et qu'il existait des preuves de mauvais traitements répétés. M. Kainth a ensuite

the perpetrators. Once again, the IAD reviews the evidence in that respect and finds that this explanation was not credible because of contradictory statements and assertions on issues related thereto.

- That his testimony in respect of his alleged fear that he would be under threat from his former wife's brothers if returned to India was not credible.
- Because of Hong Yan Zhang's testimony (his second wife), which was found to be "strikingly divergent" on key issues and demonstrated a lack of knowledge of each other that one would expect in a marital relationship, the IAD even concluded that this relationship was not genuine.

(3) In the present context, the POE officer had no duty to inquire into his refugee status. In that respect, the IAD notes among other things that the applicant had the duty to assert his refugee status at the first opportunity, that is at the POE. He spoke English, was familiar with the refugee process from his experience in the United States, had indicated at the hearing that he fully understood the reason for the inquiry at the airport, particularly that he understood the possibility of being removed to India. There was also uncontradicted evidence that he disavowed any knowledge of the basis of his refugee claim in the U.S. The IAD adds that even if Mr. Kainth's testimony was preferred over that of the POE officer (which it clearly was not on my reading of the decision), he only mentioned his fear of his former wife's brothers while they lived in India in 2001 and there was enough circumstantial evidence for the POE officer to reasonably infer that he had no fear of danger or that he faced no danger in India in the eventuality of a removal, as of January 2006.

(4) In respect of paragraph 10(b) of the Charter, "there [was] insufficient evidence to conclude that his examination was anything other than routine" (paragraph

avancé que ses beaux-parents étaient peut-être les auteurs des mauvais traitements. Là encore, après avoir analysé la preuve pertinente, la SAI a conclu que cette explication n'était pas crédible en raison des déclarations et affirmations contradictoires sur divers points concernant cette affaire.

- Le témoignage de M. Kainth concernant sa crainte alléguée d'être menacé par les frères de son ancienne épouse s'il est renvoyé en Inde n'est pas crédible.
- Le témoignage de Hong Yan Zhang (la seconde épouse du demandeur) qui, de l'avis de la SAI « divergeait à tout point de vue » sur des questions essentielles et révélait l'absence de la connaissance mutuelle que l'on s'attend à trouver dans une relation conjugale, a amené la SAI à conclure de surcroît que cette relation n'était pas authentique.

3) Dans le contexte de cette affaire, l'agente au PDE n'avait pas l'obligation de s'informer sur la qualité de réfugié du demandeur. À cet égard, la SAI fait remarquer notamment que le demandeur avait la responsabilité de faire valoir sa qualité de réfugié à la première occasion, c'est-à-dire au point d'entrée. Le demandeur parlait anglais, son expérience aux États-Unis lui avait permis de se familiariser avec le processus de demande d'asile, il avait indiqué à l'audience qu'il comprenait pleinement le but de l'enquête à l'aéroport, et plus particulièrement qu'il était conscient de la possibilité de son renvoi en Inde. De plus, selon la preuve non contredite, il avait assuré n'avoir aucune connaissance du fondement de sa demande d'asile aux États-Unis. La SAI précise que même si elle retenait le témoignage de M. Kainth plutôt que celui de l'agente au PDE (ce qui, selon ma compréhension de la décision, n'est manifestement pas le cas), le demandeur avait uniquement mentionné la crainte que lui avaient inspirée les frères de son ancienne épouse lors de leur séjour en Inde en 2001, et la preuve circonstancielle était suffisante pour permettre à l'agente au PDE de conclure raisonnablement qu'en janvier 2006, le demandeur ne craignait aucun danger ou n'était exposé à aucun danger en Inde s'il y devait y être renvoyé.

4) Quant à l'alinéa 10b) de la Charte, « il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve pour conclure que son contrôle était autre qu'ordinaire » (paragraphe 42 de

42 of the decision) and it did not constitute “detention” within the meaning of that subsection. Before coming to this conclusion, the IAD expressly refers to the most pertinent authorities cited by the applicant, such as *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053 (*Dehghani*); *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495 and *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548. It also expressly refers to the fact that Mr. Kainth had gone through a basic search (as opposed to a more intrusive search such as a strip search) before the secondary examination started, that is upon entering the area for his interview (private cubicle). It also deals with the fact that he had been locked in a waiting room for several hours. It discusses the applicant’s as well as the POE officer’s state of mind throughout the events.

(5) The POE officer had not breached her duty of fairness. Under that heading, the IAD refers to the various criteria set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*) (which were fully discussed in the oral and written arguments before it), reviews what it considers the most relevant case law presented by the applicant and how the factual matrix before it compares with those in such cases. For example, it notes that contrary to what happened in the matter before the Federal Court of Appeal in *Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 49, [2004] 3 F.C.R. 195 (*Ha*), here the applicant’s counsel did not request to speak with him or to make submissions to the POE officer and there was no evidence suggesting that counsel asked to attend at any stage of the process. It also considered that the nature of the decision itself was different than in *Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 429, [2006] 1 F.C.R. 3 (*Hernandez*) in that it was not final in any respect. The applicant could not lose his permanent resident status until he had exhausted his right of appeal, which was quite different in respect of the subsection 44(1) report issued on the basis of breach of residential obligation.

la décision), et ce contrôle ne constitue pas une « détention » au sens de cette disposition. Avant de formuler cette conclusion, la SAI se réfère expressément à la jurisprudence la plus pertinente invoquée par le demandeur, par exemple les arrêts *Dehghani c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053 (*Dehghani*); *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495 et *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548. Le tribunal mentionne aussi explicitement le fait que M. Kainth a subi une fouille de base (plutôt qu’une fouille plus envahissante comme une fouille à nu) avant le début du contrôle secondaire, au moment d’entrer dans l’aire où devait se dérouler l’interrogatoire (bureau à cloisons pour les entretiens privés). Il traite également du fait que le demandeur a été gardé plusieurs heures dans une salle d’attente d’où il ne pouvait sortir, et analyse l’état d’esprit du demandeur ainsi que celui de l’agente au PDE au fil des événements.

5) L’agente au PDE n’a pas manqué à son obligation d’agir équitablement. À ce chapitre, la SAI traite des différents facteurs énoncés dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*) (qui ont fait l’objet d’exposés détaillés dans les plaidoiries et les observations écrites soumises au tribunal), analyse la jurisprudence à son avis la plus pertinente soumise par le demandeur et compare les faits en l’espèce avec ceux qui sous-tendent ces causes. Ainsi, le tribunal souligne que contrairement aux faits de l’arrêt rendu par la Cour d’appel fédérale dans *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CAF 49, [2004] 3 R.C.F. 195 (*Ha*), l’avocat du demandeur, dans le cas présent, n’a pas demandé de parler à son client ni de présenter des observations à l’agente au PDE, et aucun élément de preuve n’indique que l’avocat a exprimé le souhait d’assister à quelque étape que ce soit du processus. Le tribunal a aussi tenu compte du fait que la nature de la décision elle-même différerait de celle dans la décision *Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 429, [2006] 1 R.C.F. 3 (*Hernandez*), puisqu’il ne s’agissait en rien d’une décision finale. Le demandeur ne pouvait pas perdre son statut de résident permanent avant d’avoir épuisé son droit d’appel, une situation tout à fait différente au regard du rapport établi en vertu du paragraphe 44(1) pour manquement à l’obligation de résidence.

(6) It is also worth noting that the IAD specifically mentioned, at paragraph 34, that it had full authority to decide all the issues on the appeal and that it had not been persuaded to decline to exercise that jurisdiction and return the matter to the Minister's representative even if it had found a breach of procedural fairness or Charter rights.

[23] The IAD's findings in respect to credibility, breach of subsection 28(1) of the IRPA and its determination in respect of subsection 28(2) of the IRPA are not in dispute.

Analysis

[24] At the hearing, the applicant was represented by a new counsel (because of illness) who had, about three days before the hearing, served a motion seeking permission to file a further memorandum and some additional evidence. The motion was heard the morning of the hearing of this application.

[25] The respondent opposed the motion on the basis that it raised arguments that were not presented to the IAD, as well as new evidence not in the certified record. Also, the Minister noted that it would be prejudiced as it was not in a position to present any new evidence that would be relevant to respond to this new theory of the case.

[26] It is trite law that new evidence is not admissible on judicial review and none of the few exceptions to this general principle apply here. As for the additional submissions, had it just been a question of extending the deadline for the filing of the further memorandum, given the special circumstances and the little time available for new counsel to review the file, the Court would have been inclined to grant an adjournment especially to enable the Minister to file additional submissions in response. However, the issue raised by this motion is of another nature. In effect, it is well established that on a judicial review, a decision cannot be impugned on the basis of arguments not raised before the decision maker

6) Il convient de relever également que la SAI a explicitement mentionné, au paragraphe 34, qu'elle avait plein pouvoir pour trancher les questions soulevées dans cet appel et qu'on ne l'avait pas convaincue de renoncer à exercer cette compétence et de renvoyer l'affaire au délégué du ministre, même si elle avait constaté un manquement à l'équité procédurale ou à des droits reconnus par la Charte.

[23] Les conclusions de la SAI sur la crédibilité et sur le manquement au paragraphe 28(1) de la LIPR ne sont pas contestées, non plus que sa décision en ce qui touche le paragraphe 28(2) de la LIPR.

Analyse

[24] À l'audience, le demandeur était représenté par un nouvel avocat (pour cause de maladie) et ce dernier a signifié, quelque trois jours avant l'audience, une requête sollicitant l'autorisation de produire un mémoire supplémentaire et d'autres éléments de preuve. La requête a été instruite le matin de l'audience de la présente demande.

[25] Le défendeur s'est opposé à la requête au motif qu'elle soulevait des arguments qui n'avaient pas été soumis à la SAI et portait sur de nouveaux éléments de preuve qui ne faisaient pas partie du dossier certifié. En outre, le ministre a fait valoir qu'il subirait un préjudice, puisqu'il n'était pas en mesure de présenter de nouveaux éléments de preuve qui seraient pertinents pour répondre à la nouvelle thèse proposée.

[26] Il est reconnu en droit que les nouveaux éléments de preuve ne sont pas admissibles dans le cadre d'un contrôle judiciaire, et aucune des rares exceptions à ce principe général ne s'applique en l'espèce. Quant aux arguments additionnels, s'il s'était seulement agi de proroger le délai pour déposer un mémoire supplémentaire, la Cour aurait été disposée, compte tenu des circonstances particulières et du temps limité qu'a eu le nouvel avocat pour examiner le dossier, à accorder un ajournement, particulièrement pour permettre au ministre de déposer des arguments de réponse additionnels. Toutefois, la question soulevée par la présente requête est de nature différente. De fait, il est de

unless the new issue is jurisdictional (which it is not here) (*34156 Alberta Ltd. v. M.N.R.*, 2006 FC 1133, [2007] 1 C.T.C. 110, at paragraph 16, affirmed on appeal, 2008 FCA 228, [2009] 1 C.T.C. 8, particularly at paragraph 6).

[27] In this case, not only is the argument new, it is in fact in direct contradiction with what was argued before the IAD. In effect, before the IAD, the applicant said that he expected to be interviewed by the POE officer on his residency obligation (paragraph 92 of the memorandum of fact and law) at the POE. It is also clear from the certified record that the parties generally used expressions such as “secondary examination” or “POE examination” to include in this particular case the examination in respect of the residency obligation and humanitarian considerations relevant only to the subsection 44(1) report based on paragraph 41(b) and section 28 of the IRPA. The Court also understands that the new argument could impact on the *Baker* factors analysis, particularly in respect of the legitimate expectation of the parties’.

[28] For these reasons, the motion was dismissed. However, it should be clear that nothing in the present reasons should be understood to mean that had this argument been raised before the IAD, it would have had a real impact on the ultimate decision of the IAD or the determination of this application.

Breach of the applicant’s rights under paragraph 10(b) of the Charter

[29] Turning now to the first issue raised by the applicant—did the IAD err in finding that there was no breach in respect of paragraph 10(b) of the Charter—there is some dispute between the parties at the hearing as to the applicable standard of review. Because it involves the Charter, the respondent simply referred the Court to paragraphs 50, 51, 55 and 58 in *Dunsmuir v.*

jurisprudence constante que dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire, on ne peut attaquer une décision en se fondant sur des arguments qui n’ont pas été soulevés devant l’instance décisionnelle, à moins qu’il ne s’agisse d’une question de compétence (ce qui n’est pas le cas en l’espèce) (*34156 Alberta Ltd. c. M.R.N.*, 2006 CF 1133, au paragraphe 16, confirmé en appel, 2008 CAF 228, notamment au paragraphe 6).

[27] Dans le cas qui nous occupe, non seulement l’argument est-il nouveau, mais il est en contradiction directe avec ceux soulevés devant la SAI. En effet, devant la SAI, le demandeur a déclaré qu’il s’attendait à être interrogé par l’agente au PDE sur son respect de l’obligation de résidence (paragraphe 92 du mémoire des faits et du droit). Il ressort en outre clairement du dossier certifié que les parties ont généralement employé des expressions comme « contrôle secondaire » ou [TRADUCTION] « contrôle au point d’entrée » pour inclure, dans ce cas précis, le contrôle relatif à l’obligation de résidence et l’examen des circonstances d’ordre humanitaire en ce qui concerne uniquement le rapport établi au titre du paragraphe 44(1) et fondé sur les articles 41 et 28 de la LIPR. La Cour croit aussi comprendre que le nouvel argument pourrait influencer sur l’analyse des facteurs énoncés dans l’arrêt *Baker*, particulièrement en ce qui touche les attentes légitimes des parties.

[28] Pour ces motifs, la requête a été rejetée. Néanmoins, il importe de préciser que rien dans les présents motifs ne doit être interprété comme indiquant que cet argument, s’il avait été soulevé devant la SAI, aurait eu une incidence réelle sur la décision finale de la SAI ou sur la décision afférente à la présente requête.

Manquement aux droits reconnus au demandeur par l’alinéa 10b) de la Charte

[29] En ce qui concerne la première question soulevée par le demandeur — la SAI a-t-elle commis une erreur en concluant qu’il n’y avait pas eu manquement aux droits reconnus par l’alinéa 10b) de la Charte — les parties ont exprimé leur désaccord à l’audience quant à la norme de contrôle applicable. Parce que cette question intéresse la Charte, le défendeur a porté à l’attention de

New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), which appear to call for correctness, whatever the issue raised by the applicant. The applicant's position was more nuanced and involved looking at the nature of the question before the Court.

[30] In his memorandum, the applicant does not *per se* challenge the legal test applied by the IAD. Rather, he challenges how the IAD applied the legal test set out in the various decisions of the Supreme Court of Canada to the particular circumstances of his case, including how it failed to properly weigh the evidence that established, in his view, that the secondary examination that took place was not "routine" because it went much further than the questioning in *Dehghani*, given that: (i) it lasted for several hours; (ii) it included the placement of Mr. Kainth in a locked cell (the waiting room); and, (iii) his release was subject to a security bond. Reference was also made to allegations such as denial of access to a phone, etc.

[31] In his oral reply, the applicant added that the IAD had failed to appreciate that in *Dehghani*, the Supreme Court of Canada was dealing with a foreign national as opposed to a permanent resident and that part of the examination in the present case was not an examination to determine his right to enter into Canada. Again, here, this is not really an attack on the legal test or construction of the words "detention" and "arrest" found in paragraph 10(b), but on how the test should apply here in light of the differences with the factual matrixes of the precedents.

[32] There is no doubt that the interpretation of paragraph 10(b) *per se* (the legal test) is to be reviewed on the standard of correctness. However, the threshold question here of whether there was "detention" in this particular case is essentially a question of mixed fact and law that is highly fact-based and contextual. It should, in my view, be reviewed on the standard of reasonableness (*Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23,

la Cour les paragraphes 50, 51, 55 et 58 de l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), qui semblent commander la norme de la décision correcte, peu importe la question soulevée par le demandeur. Selon la position, plus nuancée, du demandeur, il convient d'examiner la nature de la question dont la Cour est saisie.

[30] Dans son mémoire, le demandeur ne conteste pas en soi le critère juridique appliqué par la SAI. Il attaque plutôt la façon dont la SAI a appliqué le critère juridique énoncé dans les différentes décisions de la Cour suprême du Canada aux circonstances particulières de son cas, et lui reproche notamment de n'avoir pas évalué comme il se doit la preuve qui établit, à son avis, que le contrôle secondaire qu'il a subi ne constitue pas un contrôle « ordinaire », parce qu'il est allé beaucoup plus loin que l'interrogatoire en cause dans l'arrêt *Dehghani*, étant donné : i) qu'il a duré plusieurs heures; ii) que durant le contrôle, M. Kainth a été placé dans une cellule verrouillée (la salle d'attente); iii) qu'il a dû déposer un cautionnement pour être libéré. Le demandeur mentionne aussi certaines allégations, comme le fait qu'on lui aurait refusé l'accès à un téléphone, etc.

[31] Dans sa réplique orale, le demandeur ajoute que la SAI a négligé de tenir compte du fait que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Dehghani*, traitait du cas d'un étranger et non d'un résident permanent, et qu'une partie du contrôle qu'il a lui-même subi, dans le cas présent, n'avait pas pour but de déterminer s'il avait le droit d'entrer au Canada. Là encore, le demandeur n'attaque pas véritablement le critère juridique ou l'interprétation des mots « détention » et « arrestation » employés à l'alinéa 10b), mais plaide la façon dont il conviendrait d'appliquer le critère en l'espèce, compte tenu des différences avec les données factuelles des précédents jurisprudentiels.

[32] Il ne fait aucun doute que la norme de contrôle applicable à l'interprétation de l'alinéa 10b) même (le critère juridique) est celle de la décision correcte. Cependant, la question préliminaire qui consiste à déterminer s'il y a eu « détention » dans le cas présent est essentiellement une question de droit et de fait hautement subordonnée aux faits et au contexte, pour laquelle la norme de contrôle, à mon avis, doit être celle

[2008] 1 S.C.R. 761, at paragraphs 34–41 and *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraphs 26–41). That said, this issue is not a determinative here for the Court is satisfied that the decision of the IAD was not only reasonable, it was also correct.

[33] First, a simple review of the decision indicates that the IAD clearly understood the legal test it had to apply. Second, the IAD did rely heavily on the decision of the Supreme Court of Canada in *Dehghani* but not because its facts were on all fours with those in the present case, but because as was argued by both parties before it, it offers a review of the relevant case law, clarifies the applicable principles and sets out the contextual analysis that must be carried out to determine whether or not a particular situation falls within the ambit of paragraph 10(b) of the Charter.

[34] It is worth noting that in *Dehghani*, the Supreme Court of Canada itself reached its decision by looking at cases with a fact pattern that could clearly be distinguished; for example it said at page 1074: “While the present case does not concern a search, but rather questioning, an analogy can be drawn.” It is on that basis that both sides were shaping an analogy with *Dehghani* and their arguments focused on whether the questioning that actually took place was “routine” or not.

[35] Even if a permanent resident can choose to be interviewed at a later stage, there is no evidence that it is not in fact usual to conduct the subsection 44(1) examination of permanent residents at the POE. As mentioned, this was never raised as an issue by the applicant. If the process followed is routine, it may be revealing that this is the first time that a breach of the rights afforded by paragraph 10(b) of the Charter is alleged. The Court cannot conclude that applying the *Dehghani* reasoning of looking at whether or not the

de la décision raisonnable (*Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, aux paragraphes 34 à 41; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, aux paragraphes 26 à 41). Cela dit, cette question n’est pas déterminante en l’espèce, car la Cour est convaincue que la décision de la SAI était non seulement raisonnable, mais également correcte.

[33] Premièrement, un simple examen de la décision permet de constater que la SAI a clairement compris le critère juridique qu’elle devait appliquer. Deuxièmement, si la SAI s’est en effet considérablement appuyée sur la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Dehghani*, elle l’a fait non pas parce que les faits dans cette affaire coïncidaient parfaitement avec ceux de l’espèce, mais parce que, comme l’ont fait valoir les deux parties devant elle, cet arrêt passe en revue la jurisprudence pertinente, clarifie les principes applicables et décrit l’analyse contextuelle à laquelle il faut procéder pour décider si une situation particulière s’inscrit ou non dans le champ d’application de l’alinéa 10b) de la Charte.

[34] Il est utile de souligner que dans l’arrêt *Dehghani*, la Cour suprême du Canada elle-même, pour prendre sa décision, a examiné des affaires dans lesquelles les faits pouvaient clairement être distingués de ceux de l’espèce; ainsi, la Cour a fait remarquer, à la page 1074 : « Bien que la présente affaire porte non pas sur une fouille, mais plutôt sur un interrogatoire, on peut établir une analogie ». C’est en se fondant sur ce principe que les deux parties ont établi une analogie avec l’arrêt *Dehghani*, et leurs arguments ont porté sur la question de savoir si l’interrogatoire qui a eu lieu dans le cas présent était ou non « ordinaire ».

[35] Même si un résident permanent peut choisir d’être interrogé à une étape ultérieure, rien dans la preuve n’indique que ce n’est pas pratique courante de soumettre les résidents permanents, dès l’arrivée au PDE, au contrôle prévu au paragraphe 44(1). Comme il a été mentionné, le demandeur n’a jamais évoqué cette question comme un point litigieux. Si le processus suivi est routinier, il peut être révélateur que ce soit la première fois qu’on allègue un manquement aux droits garantis par l’alinéa 10b) de la Charte. La Cour ne saurait

questioning at issue was routine in nature constitutes an error of the IAD in the present circumstances.

[36] Once Mr. Kainth had established his identity and status as a permanent resident he had the right to enter Canada (subsection 27(1) and section 49 of the IRPA). However, the officer was still entitled to voice her concerns about his failure to meet, among other things, his residency obligation and the applicant had to be questioned in that respect either at the airport or at a later stage. The evidence in this case is that she clearly signalled her desire to proceed with the examination at the airport to Mr. Kainth's counsel prior to doing so. No request for adjournment was made, nor was any indication given that counsel needed to consult with Mr. Kainth in this respect or at all. What the officer knew was that counsel had been appointed several months prior to Mr. Kainth's seeking entry into Canada. The calculation of the extent of his absence was quite straightforward and it was reasonable to infer that Mr. Kainth's counsel could not but appreciate that the humanitarian considerations set out in subsection 28(2) of the IRPA would necessarily have to be discussed.

[37] There is also uncontradicted evidence that it is the practice of immigration officers to entertain submissions by counsel who have already been appointed and are available during the process—such was the case for applicant's counsel.

[38] One cannot lose sight of the fact that no evidence was filed on behalf of the applicant to contradict the POE officer's evidence as to the content of her conversations with the applicant's counsel. This, even though she had signed an affidavit containing the details of such exchanges and their timing more than a year prior to the hearing before the IAD. This is all part of the context that must be considered for, as noted by the Supreme Court of Canada in *R. v. Therens et al.*, [1985] 1 S.C.R. 613 and in *Dehghani*, at page 1066:

conclure que la SAI a commis une erreur, dans les circonstances, en appliquant le raisonnement exposé dans l'arrêt *Dehghani*, qui consiste à examiner si l'interrogatoire en cause était ou non de nature routinière.

[36] Après avoir établi son identité et son statut de résident permanent, M. Kainth avait le droit d'entrer au Canada (paragraphe 27(1) et article 49 de la LIPR). Néanmoins, l'agente pouvait quand même faire connaître ses préoccupations quant au manquement du demandeur à l'obligation de résidence, notamment, et le demandeur devait être questionné à ce sujet, que ce soit à l'aéroport ou plus tard. En l'espèce, la preuve montre que l'agente a clairement fait savoir à l'avocat de M. Kainth, avant d'effectuer le contrôle, qu'elle avait l'intention de procéder au contrôle à l'aéroport. Aucune demande d'ajournement n'a été présentée, et l'avocat n'a pas donné à entendre qu'il devait consulter M. Kainth à cet égard ou pour toute autre question. Ce dont l'agente avait été informée, c'est que les services de l'avocat avaient été retenus plusieurs mois avant que M. Kainth ne demande l'entrée au Canada. Le calcul de la durée de l'absence de M. Kainth était très simple, et il était raisonnable de déduire que son avocat ne pouvait pas ignorer que les circonstances d'ordre humanitaire dont il est question au paragraphe 28(2) de la LIPR devraient nécessairement être abordées.

[37] La preuve non contredite indique également qu'il est d'usage pour les agents d'immigration de recevoir les observations présentées par les avocats qui ont déjà été retenus et qui sont disponibles durant la procédure, ce qui était le cas de l'avocat du demandeur.

[38] Il ne faut pas perdre de vue qu'aucune preuve n'a été présentée au nom du demandeur pour contredire le témoignage de l'agente au PDE concernant la teneur de ses conversations avec l'avocat du demandeur, ce malgré le fait qu'elle avait souscrit, plus d'un an avant l'audience devant la SAI, un affidavit exposant les détails de ces échanges et le moment où ils avaient eu lieu. Tous ces éléments font partie du contexte à examiner, étant donné que, comme l'a déclaré la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Therens et autres*, [1985] 1 R.C.S. 613 et à la page 1066 de l'arrêt *Dehghani* :

The purpose of s. 10 of the *Charter* is to ensure that in certain situations a person is made aware of the right to counsel and is permitted to retain and instruct counsel without delay. The situations specified by section 10—arrest and detention—are obviously not the only ones in which a person may reasonably require the assistance of counsel, but they are situations in which the restraint of liberty might otherwise effectively prevent access to counsel or induce a person to assume that he or she is unable to retain and instruct counsel.

[39] That said, like the IAD, the Court must take a contextual approach to determine if Mr. Kainth was in such a situation. In doing so, again, like the IAD, the Court must weigh various factors and be guided by the existing case law from which analogies and distinctions can be drawn. In doing so, one should avoid focusing on a single factor (*R. v. Pomeroy*, 2008 ONCA 521, 91 O.R. (3d) 261, at paragraphs 22, 31 and 38).

[40] Many of the relevant issues have already been discussed while describing the IAD's decision and the questions put forward by the applicant in this application (see for example, paragraph 30, above). The difficulty with many of the applicant's arguments is that the evidence does not support several of his factual assertions.

[41] As noted, for the most part it is clear that the IAD preferred the evidence of the POE officer, which was closely cross-examined by the applicant's counsel, to that of the applicant. After a complete review of the certified record, the Court concludes that such a position was reasonable. In fact, in order to review this question on the basis of correctness, the Court independently found, on matters where there were contradictions between the evidence of the POE officer and the applicant's testimony, that the former was to be preferred as this evidence was more credible and plausible, taking into consideration all of the facts and documents on file.

[42] To give an example of an assertion where the applicant has not met his persuasive burden, the Court will discuss his allegation that the absence of telephones in the waiting room supports his view that this was a

L'article 10 de la *Charte* vise à assurer que, dans certaines situations, une personne soit informée de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'elle puisse obtenir cette assistance sans délai. Il est évident que les cas (l'arrestation et la détention) mentionnés expressément à l'art. 10 ne sont pas les seuls où une personne peut avoir raisonnablement besoin de l'assistance d'un avocat, mais qu'il s'agit de situations où l'entrave à la liberté pourrait, par ailleurs, avoir pour effet de rendre impossible l'accès à un avocat ou d'amener une personne à conclure qu'elle n'est pas en mesure d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

[39] Cela dit, la Cour doit, comme la SAI, adopter une méthode contextuelle pour déterminer si M. Kainth se trouvait dans une situation de cette nature. Pour ce faire, la Cour doit, là encore comme la SAI, évaluer différents facteurs et être guidée par la jurisprudence, dans laquelle elle peut constater des analogies et relever des distinctions. Il convient d'éviter, ce faisant, de s'arrêter à un seul facteur (*R. v. Pomeroy*, 2008 ONCA 521, 91 O.R. (3d) 261, aux paragraphes 22, 31 et 38).

[40] Plusieurs des questions pertinentes ont déjà été abordées dans la présentation de la décision de la SAI et des questions soulevées par le demandeur dans la présente demande (voir par exemple le paragraphe 30, ci-dessus). Le problème, avec bon nombre des arguments du demandeur, est que souvent la preuve n'étaye pas ses allégations de fait.

[41] Comme la Cour l'a fait remarquer, il est évident que dans l'ensemble, la SAI a préféré la preuve de l'agente au PDE, qui a fait l'objet d'un contre-interrogatoire serré par l'avocat du demandeur, à la preuve du demandeur. Après un examen exhaustif du dossier certifié, la Cour conclut que la position de la SAI était raisonnable. En fait, pour examiner cette question au regard de la norme de la décision correcte, la Cour a elle-même conclu, relativement à des points sur lesquels il existe des contradictions entre la preuve de l'agente au PDE et le témoignage du demandeur, qu'il convient de retenir les éléments de preuve de l'agente, plus crédibles et plus plausibles, compte tenu de l'ensemble des faits et des documents au dossier.

[42] Pour donner un exemple d'une affirmation que le demandeur n'a pas réussi à établir de façon convaincante, la Cour analysera son allégation selon laquelle l'absence de téléphone dans la salle d'attente étaye son point de

detention cell and that he was denied his requests to call his lawyer.

[43] The evidence is that there are no public phones available to anybody until one reaches the baggage claim area after completing the immigration formalities at the Vancouver Airport. However, the public, including Mr. Kainth, can use cellular phones, should they have one. There is no policy⁸ that would prevent any person sitting in the waiting room in the secondary examination area from using their own phone. The POE officer also testified that in general, during interviews, officers will also provide access to staff phones in order to facilitate the obtention of information relevant to their inquiry.

[44] The POE officer also categorically denied that Mr. Kainth was refused access to a phone or denied a request to call his family or lawyer. In that respect, quite apart from the severe lack of credibility arising from Mr. Kainth's propensity to lie throughout the process and in other contexts, it is not plausible that Mr. Kainth would not have been told during the interview in respect of his residency obligation that the officer had already spoken to his lawyer, if he had indeed asked her to contact said lawyer during that part of the examination. The Court finds that the applicant has simply not met his persuasive burden in that respect.

[45] The applicant relies heavily on the fact that he was put in a locked waiting room to say that his situation was not routine and amounted to something akin to detention. However, the Court understands from the POE officer's evidence during her cross-examination before the IAD that had Mr. Kainth expressed his discomfort of having to wait in such a waiting room, she would have had no objection to have him wait in the larger public area, given that he spoke English and there would have been no difficulty locating him once the administrative process resumed. In my view, it is also clear that the POE officer did not put him in the waiting room to prevent him from leaving the airport, as she made it clear that no one can get through Customs without duly completed immigration papers. This is a

vue qu'il s'agissait bien d'une cellule de détention et qu'on a refusé d'accéder à ses demandes pour téléphoner à son avocat.

[43] Selon la preuve, personne, à l'aéroport de Vancouver, n'a accès à un téléphone public avant d'atteindre la zone de récupération des bagages, une fois terminées les formalités d'immigration. Toutefois, les membres du public, et notamment M. Kainth, sont autorisés à utiliser un téléphone cellulaire, s'ils en possèdent un. Aucune politique⁸ n'interdit aux personnes se trouvant dans la salle d'attente de la zone de contrôle secondaire d'utiliser leur propre téléphone. L'agente au PDE a aussi déclaré dans son témoignage qu'en général, durant les entrevues, les agents offrent l'accès aux téléphones du personnel pour faciliter l'obtention de renseignements utiles à leur enquête.

[44] L'agente au PDE a aussi catégoriquement nié que l'accès à un téléphone ou la possibilité d'appeler sa famille ou son avocat aient été refusés à M. Kainth. À cet égard, outre le grave manque de crédibilité découlant de la propension à mentir dont a fait preuve M. Kainth durant tout le processus et en d'autres contextes, il n'est pas plausible que celui-ci n'ait pas été informé, au cours de l'entrevue portant sur l'obligation de résidence, que l'agente avait déjà parlé avec son avocat, s'il lui avait effectivement demandé de communiquer avec son avocat durant cette partie du contrôle. La Cour estime que le demandeur n'a tout simplement pas satisfait à son fardeau de persuasion sur ce point.

[45] Le demandeur insiste beaucoup sur le fait qu'on l'a placé dans une salle d'attente verrouillée pour soutenir que sa situation ne tenait pas de la routine et s'apparentait à la détention. Or, la Cour croit comprendre du témoignage rendu par l'agente au PDE durant son contre-interrogatoire devant la SAI que si M. Kainth lui avait fait part du malaise qu'il éprouvait de devoir attendre dans cette salle, elle n'aurait eu aucune objection à le laisser attendre dans la zone accessible au public, puisqu'il parle anglais et qu'il aurait été facile de le retracer au moment de reprendre le processus administratif. À mon avis, il est également évident que l'agente au PDE ne l'a pas fait asseoir dans la salle d'attente dans le but de l'empêcher de quitter l'aéroport, puisqu'elle a clairement indiqué que personne ne peut

fact so well known that the Court could almost have taken judicial notice of it.

[46] The Court is simply not satisfied that, based on the evidence on the record, which includes a floor plan of the premises where the actual detention cells and their configuration are represented, that as alleged Mr. Kainth was put in a “cell”.

[47] It is easy to understand why the applicant’s counsel took the position before the IAD that all that happened at the airport should be generally referred to as a “secondary examination at the port of entry” for this enabled him to argue that section 8.4 of the *Enforcement Manual (ENF)*, Chapter ENF 4: Port of Entry Examination applied throughout. This also enabled him to bundle together facts such as the initial search he went through when entering the area where the immigration offices and private cubicles are located (prior to his secondary examination in respect of his identity and status) with his waiting in a locked room and the issuance of a security bond, events which took place well after the questioning of Mr. Kainth in respect of subsections 28(1) and (2) was completed, that is the period during which the applicant says he should have had the opportunity to have access to counsel.

[48] But however argued, the Court must consider all these events in their proper context including the fact that it is only after the subsection 44(1) report was actually issued that the POE officer became empowered to set conditions pursuant to subsection 44(3). This was well after the completion of Mr. Kainth’s interview and after his lawyer had confirmed that he expected that bail would be necessary and had advised Mr. Kainth’s family accordingly.

[49] One should not trivialize constitutional rights, which are intended as shields for those in need of protection, and not as swords to be used as part of legal strategy. On the facts of this case, the applicant has simply not met his persuasive burden and the Court is

passer la douane sans des documents d’immigration dûment remplis. Ce fait est si connu que la Cour aurait presque pu en prendre connaissance d’office.

[46] La Cour n’est tout simplement pas convaincue, compte tenu de la preuve au dossier, qui comprend un plan d’étage des locaux montrant les véritables cellules de détention et leur configuration, que M. Kainth a été placé en « cellule » comme il le prétend.

[47] Il est facile de comprendre pourquoi l’avocat du demandeur a fait valoir, devant la SAI, que tout ce qui s’est passé à l’aéroport peut être généralement décrit comme un [TRADUCTION] « contrôle secondaire au point d’entrée »; en effet, cette position lui a permis de plaider que l’article 8.4 du *Guide de l’exécution de la loi (ENF)*, Chapitre ENF 4 : Contrôle aux points d’entrée s’appliquait à tout le processus. Elle a aussi permis au demandeur de grouper des faits comme la fouille initiale qu’il a subie en entrant dans la zone où sont situés les bureaux d’immigration et les bureaux à cloisons pour les entretiens privés (avant le contrôle secondaire concernant son identité et son statut), l’attente dans une salle verrouillée et l’obligation de fournir un cautionnement, des événements qui se sont déroulés bien après la fin de l’interrogatoire de M. Kainth touchant les paragraphes 28(1) et (2), soit la période durant laquelle le demandeur prétend qu’on aurait dû lui donner la possibilité d’avoir recours à l’assistance de son avocat.

[48] Toutefois, quelle que soit la façon dont tous ces événements sont présentés, la Cour doit les examiner dans leur juste contexte et tenir compte notamment du fait que l’agente au PDE n’est devenue habilitée à imposer des conditions au titre du paragraphe 44(3) qu’après avoir effectivement établi le rapport prévu au paragraphe 44(1). Cette étape a eu lieu bien après la fin de l’entrevue avec M. Kainth et après que son avocat eut confirmé qu’il s’attendait à ce qu’un cautionnement soit exigé et en eut informé la famille de M. Kainth.

[49] Il importe de ne pas banaliser les droits constitutionnels, censés servir de boucliers aux personnes qui ont besoin de protection et non d’épées à manier dans le cadre d’une stratégie juridique. Vu les faits mis en preuve en l’espèce, le demandeur n’a tout simplement

not satisfied that a breach of his rights under paragraph 10(b) of the Charter has been established.

pas satisfait au fardeau de persuasion qui lui incombait, et la Cour n'est pas convaincue qu'il a établi l'existence d'un manquement aux droits que lui reconnaît l'alinéa 10b) de la Charte.

Breach of the POE officer's duty of fairness

Manquement à l'obligation d'agir équitablement qui incombe à l'agente au PDE

[50] The applicant argues that: (i) the POE officer had the duty to actually tell the applicant or his counsel that counsel could attend the interview in person and/or make submissions orally or in writing before the issuance of her subsection 44(1) report; and, (ii) that she also had to inquire about his fear of returning to his country of nationality before completing the said report.

[50] Le demandeur soutient ce qui suit : i) l'agente au PDE avait l'obligation de dire au demandeur ou à son avocat que ce dernier pouvait assister à l'entrevue en personne et/ou présenter des observations orales ou écrites avant qu'un rapport soit établi en application du paragraphe 44(1); ii) elle devait aussi demander à M. Kainth s'il craignait de retourner dans son pays d'origine avant de finaliser ce rapport.

[51] The extent of the duty of fairness, even if based on a particular circumstance of a given case, is indeed a question of law that must be reviewed on a standard of correctness (*Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409 (*Cha*) at paragraph 16; *Dunsmuir*, at paragraphs 50, 51, 55 and 58).

[51] La portée de l'obligation d'agir équitablement, même lorsque celle-ci est fondée sur une situation particulière dans un cas donné, est bien une question de droit qui doit être examinée selon la norme de la décision correcte (*Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409 (*Cha*), au paragraphe 16; *Dunsmuir*, aux paragraphes 50, 51, 55 et 58).

[52] The Court is satisfied that the IAD's decision and analysis was correct and contains no reviewable error. In effect, the decision maker properly came to its decision after considering the five factors set out in *Baker*, at paragraphs 21 to 28, and applying them to the facts, which included the interactions that actually took place between the POE officer and Mr. Kainth's counsel prior to the issuance of the subsection 44(1) report and of the removal order.

[52] La Cour estime que la décision et l'analyse de la SAI sont correctes et ne comportent aucune erreur susceptible de révision. De fait, le décideur est correctement arrivé à sa décision après avoir tenu compte des cinq facteurs énoncés aux paragraphes 21 à 28 de l'arrêt *Baker* et les avoir appliqués aux faits, et notamment aux échanges intervenus entre l'agente au PDE et l'avocat de M. Kainth avant que le rapport prévu au paragraphe 44(1) soit établi et que la mesure de renvoi soit prise.

[53] It is worth noting that the applicant relied heavily on the analysis carried out by Justice Judith Snider in *Hernandez*, but did not contest her findings at paragraph 72 of said decision that there is no duty on the Minister's representative charged with making a determination pursuant to subsection 44(2) of the IRPA to refer a matter to an admissibility hearing (or issue a removal order when a breach of residency obligation is involved) to put the subsection 44(1) report to the applicant for

[53] Il convient de signaler que le demandeur s'est largement appuyé sur l'analyse de la juge Judith Snider dans l'arrêt *Hernandez*, mais n'a pas contesté les conclusions formulées par la juge Snider au paragraphe 72 de cette décision, selon lesquelles le délégué au ministre responsable de prendre, en application du paragraphe 44(2) de la LIPR, la décision de déférer l'affaire pour enquête (ou de prendre une mesure de renvoi dans un cas de manquement à l'obligation de

a further opportunity to respond prior to making the decision. On that particular issue, the applicant has not presented any arguments that would justify coming to a different conclusion.

[54] The parties referred to a number of precedents, none of which are on all fours with the present case. The Court will thus proceed with its own analysis of the *Baker* factors for, among other things, as mentioned by Justice Robert Décary in *Cha* (paragraphs 21 and 22), the duty of an officer under subsection 44(1) may well vary depending on the status of the person involved, the grounds being reviewed (for example, criminality vs. residency obligation) and the different recourse contemplated in the Act (different right of appeal).

A. The nature of the decision being made and the procedures followed in making it

[55] As mentioned in *Cha* at paragraph 43:

As was said by the Supreme Court in *Baker*, at paragraph 23, the more the process provided for, the function of the decision maker, the nature of the decision maker and the determination that must be made to reach a decision resemble judicial decision making, the more likely it is that the procedural protection will be extensive.

Despite the fact that, pursuant to subsection 28(2) of the IRPA, the POE officer had to consider humanitarian and compassionate grounds, her decision is a purely administrative decision that has no final effect and the interview is not a hearing. As noted earlier, the applicant can appeal the removal order that is issued by the Minister's representative who reviewed the POE officer's report before the IAD (subsection 63(3) of the IRPA) and he will be entitled to argue his whole case "*de novo*" (subsections 67(1) and (2) of the IRPA) with the assistance of counsel and the possibility of presenting new oral and documentary evidence.

résidence) n'est pas tenu de communiquer au demandeur le rapport établi suivant le paragraphe 44(1) pour lui donner une autre occasion d'y répondre avant qu'une décision soit prise. Relativement à cette question, le demandeur n'a présenté aucun argument justifiant d'arriver à une conclusion différente.

[54] Les parties ont invoqué un certain nombre de précédents jurisprudentiels, dont aucun ne concorde parfaitement avec le cas présent. La Cour procédera donc à sa propre analyse des facteurs de l'arrêt *Baker*, étant donné notamment que, comme l'a fait remarquer le juge Robert Décary dans l'arrêt *Cha* (aux paragraphes 21 et 22), l'obligation qui incombe à un agent au titre du paragraphe 44(1) peut varier en fonction du statut de la personne en cause, de l'objet de l'examen (par exemple, la criminalité par opposition à l'obligation de résidence) et des différents recours prévus à la Loi (droit d'appel différent).

A. La nature de la décision et la procédure suivie pour y parvenir

[55] Ainsi que l'a fait observer la Cour, au paragraphe 43 de l'arrêt *Cha* :

Comme la Cour suprême l'a dit dans l'arrêt *Baker*, au paragraphe 23, plus le processus prévu, la fonction du décideur, la nature de l'organisme rendant la décision et la démarche à suivre pour parvenir à la décision ressemblent à une prise de décision judiciaire, plus il est probable que l'obligation d'équité procédurale sera de large portée.

Même si, en vertu du paragraphe 28(2) de la LIPR, l'agente au PDE devait se pencher sur les circonstances d'ordre humanitaire, sa décision, purement administrative, n'est pas définitive et l'entrevue ne constitue pas une audience. Comme il a été mentionné, le demandeur peut interjeter appel à la SAI de la mesure de renvoi prise par le délégué du ministre qui a examiné le rapport de l'agente au PDE (paragraphe 63(3) de la LIPR), et il aura le droit de présenter « *de novo* » l'ensemble de son cas (paragraphes 67(1) et (2) de la LIPR), avec l'aide d'un avocat et en ayant la possibilité de soumettre d'autres témoignages et de nouvelles preuves documentaires.

[56] This points towards a minimal duty of fairness.

[56] Ce facteur donne à penser que l'obligation d'équité procédurale est minimale.

B. The nature of the statutory scheme and the importance of the decision

B. La nature du régime législatif et l'importance de la décision

[57] The POE officer's decision to issue a report has little impact on the applicant unless it is acted upon by the Minister's delegate, pursuant to subsection 44(2). In this particular case, the evidence is that in respect of reports based on a breach of the residency obligations, the reports of this particular officer were acted upon in about 60% of the cases. And again, even when acted upon, the decision of the Minister's delegate to issue a removal order itself has no impact on Mr. Kainth's permanent resident status until his right of appeal has been exhausted (sections 46–49 of the IRPA). This points to a low duty of fairness.

[57] La décision d'un agent au PDE d'établir un rapport a peu de conséquences pour le demandeur, sauf si le délégué du ministre y donne suite conformément au paragraphe 44(2). Dans le cas qui nous occupe, il ressort de la preuve qu'environ 60 % des rapports pour manquement à l'obligation de résidence établis par l'agente en cause ont été suivis d'une autre mesure. En outre, même lorsqu'il est donné suite au rapport, la décision du délégué du ministre de prendre une mesure de renvoi n'a en soi aucune conséquence sur le statut de résident permanent de M. Kainth jusqu'à ce que celui-ci ait épuisé son droit d'appel (articles 46 à 49 de la LIPR). Ce facteur suggère une obligation d'équité procédurale de faible importance.

[58] The applicant says that because, pursuant to section 101 of the IRPA (*sic*) (in fact subsection 99(3) of the IRPA), he is precluded from making a refugee claim by the very issuance of the removal order, the duty of fairness here should be greater. I disagree. When one considers the statutory scheme as a whole, the effect of the removal order is not to preclude proper consideration of any danger Mr. Kainth may face in India. Not only can the IAD consider that danger and send the matter back to the Minister's representative, if it so wishes, but also and more importantly, Mr. Kainth will be entitled to have a pre-removal risk assessment pursuant to subsection 112(1) of the IRPA prior to his removal.

[58] Le demandeur avance que l'obligation d'équité procédurale, en l'espèce, devrait être plus grande puisque, suivant l'article 101 de la LIPR (*sic*) (en réalité le paragraphe 99(3) de la LIPR), la prise même de la mesure de renvoi a pour effet de l'empêcher de présenter une demande d'asile. Je ne suis pas d'accord. Lorsqu'on examine le régime législatif dans son ensemble, on constate que la mesure de renvoi n'a pas pour effet d'empêcher un examen adéquat des dangers auxquels M. Kainth peut être exposé en Inde. Non seulement la SAI peut-elle tenir compte de ce danger et renvoyer l'affaire au délégué du ministre, si elle le souhaite, mais surtout, M. Kainth aura droit d'avoir, avant d'être renvoyé, un examen des risques liés à son renvoi, conformément au paragraphe 112(1) de la LIPR.

C. Legitimate Expectation

C. L'attente légitime

[59] In his memorandum before the IAD at paragraphs 92–93, as well as his memorandum before this Court at paragraphs 96–97, the applicant states that:

[59] Dans le mémoire qu'il a déposé à la SAI, aux paragraphes 92 et 93, ainsi que dans le mémoire présenté à la Cour, aux paragraphes 96 et 97, le demandeur déclare :

Upon being brought into Canada, the Applicant had the expectation of being subject to a permanent resident examination, with the possible consequence of loss of permanent residence.

However, under the current scheme of IRPA, the Applicant was issued a removal order which has the added effect of barring the Applicant from a right to make a refugee claim in Canada. This latter result is an unexpected one for the Applicant in the case at bar (and one which his legal counsel could have explained him). Given this highly unexpected result and the interest of the Applicant in being able to seek Canada's protection, the duty of procedural fairness must be higher at examination hearings.

[60] Thus, the point here, although it is presented in a somewhat ambiguous fashion, is not so much expectations in respect of the issuance of the subsection 44(1) report but rather that the applicant did not expect that the removal order would be issued before he had the time to file his refugee claim.

[61] There is no evidence on file, nor was any argument presented, to explain on what basis the applicant or his counsel could expect a delay between the issuance of the subsection 44(1) report and the issuance of the removal order by the Minister's delegate. The POE officer was not cross-examined at all on this subject. Subsection 99(3) of the IRPA is very clear and there is no minimum delay, set out in the IRPA or in the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 issued thereunder, between the reception of a subsection 44(1) report and a decision by the Minister's delegate under subsection 44(2) of the IRPA. For expectations to be legitimate, they must emanate in some way from Citizenship and Immigration Canada's conduct, representations, or the law itself. This factor is neutral in the present case.

D. Choice of procedure by Citizenship and Immigration Canada

[62] While this is not in itself determinative, the Court must take into account and respect the choice of procedures made by the agency itself. The only portion

[TRANSLATION] Lorsqu'il a été conduit au Canada, le demandeur s'attendait à subir un contrôle sur la résidence permanente, au risque de perdre sa résidence permanente.

Toutefois, sous le régime actuel de la LIPR, une mesure de renvoi a été prise contre le demandeur, et l'effet additionnel de cette mesure est de priver le demandeur du droit de présenter une demande d'asile au Canada. Le demandeur en l'espèce n'avait pas prévu cette conséquence (que son conseiller juridique aurait pu lui expliquer). Compte tenu de cette conséquence nettement imprévue et de l'intérêt du demandeur de pouvoir revendiquer la protection du Canada, l'obligation d'équité procédurale doit être plus grande dans le cadre des audiences afférentes aux contrôles.

[60] Ainsi, le point soulevé en l'occurrence, bien qu'exposé de façon quelque peu ambiguë, ne concerne pas tant les attentes afférentes à la rédaction du rapport prévu au paragraphe 44(1) que le fait que le demandeur ne s'attendait pas à ce que la mesure de renvoi soit prise avant qu'il ait eu le temps de déposer sa demande d'asile.

[61] Aucun élément de preuve ni argument n'ont été proposés pour expliquer pourquoi le demandeur ou son avocat pouvaient s'attendre à un délai entre la délivrance du rapport établi en vertu du paragraphe 44(1) et la prise de la mesure de renvoi par le délégué du ministre. Aucune question sur ce point n'a été posée à l'agente au PDE lors de son contre-interrogatoire. Le paragraphe 99(3) de la LIPR est très clair, et ni la LIPR ni le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, pris sous le régime de la LIPR ne prescrivent un délai minimal entre la réception d'un rapport établi suivant le paragraphe 44(1) et la prise de décision du délégué du ministre au titre du paragraphe 44(2) de la LIPR. Pour que des attentes soient légitimes, elles doivent avoir été suscitées d'une manière quelconque par la conduite ou les déclarations de Citoyenneté et Immigration Canada, ou découler de la loi elle-même. En l'espèce, ce facteur est neutre.

D. Le choix de procédure fait par Citoyenneté et Immigration Canada

[62] Bien que ce facteur ne soit pas en soi décisif, la Cour doit tenir compte du choix de procédure qu'a fait l'organisme lui-même et respecter ce choix. La seule

of the *Enforcement Manual (ENF)* in the certified record is “ENF 4: Port of Entry Examination”. The right to counsel at the POE examination is only discussed in this section 8.4. This section should normally be read in such a matter in conjunction with the section entitled “ENF 5: Writing 44(1) Reports” which was not *per se* before the IAD except for some extracts which are quoted in *Hernandez*, at paragraphs 64 and 65.

[63] According to this section 8.4, generally, the policy is not to permit counsel at POE examinations if detention has not occurred. However, this is nuanced by the statement that the right to counsel depends on what transpires after the foreign national is first subject to examination and discusses a series of potential situations. The applicant argued that the following paragraph directly applied to his situation [at page 25]:

- if restraining devices are used or the foreign national is placed in a holding cell, even temporarily, then an officer should inform the foreign national of the reason for the detention and of their right to counsel;

As explained in these reasons, the Court is not satisfied that the applicant has established that this paragraph of the policy applies directly to his situation. In fact, none of the scenarios described fit directly here, except perhaps *a contrario*, the first note which states [at page 25]:

- if a foreign national is being examined and the examination does not go beyond what is required to establish admissibility, the foreign national is not entitled to legal counsel;

[64] Obviously, this in and of itself is not sufficient to conclude that the agency’s practice or policy in cases such as the one under review is to allow the right to counsel.

[65] In respect of the procedure followed before issuing a subsection 44(1) report, the section found in *Hernandez*, at paragraphs 64 and 65 does not specifically refer to the right to counsel. As mentioned by Justice Snider, the policy appears to include two main elements: (i) the right of all persons who are or may be subject to

partie du *Guide de l’exécution de la loi (ENF)* versée au dossier certifié s’intitule « ENF 4 : Contrôles aux points d’entrée ». Seul l’article 8.4 de ce texte traite du droit à l’assistance d’un avocat lors d’un contrôle au PDE. Il conviendrait normalement de lire cette disposition concurremment avec la partie du Guide intitulée « ENF 5 : Rédaction des rapports en vertu du L44(1) », laquelle n’a pas été déposée en tant que telle devant la SAI, si ce n’est de quelques extraits cités aux paragraphes 64 et 65 de la décision *Hernandez*.

[63] Selon ledit article 8.4, la politique, de façon générale, est de ne pas permettre la présence d’un conseil lors des contrôles aux points d’entrée s’il n’y a pas détention. Toutefois, cet énoncé est nuancé, le texte précisant que le droit à un conseil dépend de ce qui transpire de l’inspection primaire de l’étranger et décrivant une série de situations susceptibles de se présenter. Le demandeur soutient que le paragraphe suivant s’applique directement à sa situation [à la page 29] :

- lorsqu’un dispositif de contrainte est employé ou que l’étranger est placé dans une cellule de détention provisoire, même temporairement, l’agent doit informer l’étranger du motif de sa détention et de son droit à un avocat;

Comme il a été expliqué dans les présents motifs, la Cour n’est pas convaincue que le demandeur a établi que ce paragraphe de la politique s’applique directement à sa situation. À vrai dire, aucune des hypothèses décrites ne correspond directement au cas du demandeur, sauf peut-être, *a contrario*, la première hypothèse, qui prévoit [à la page 26] :

- lorsque l’étranger subit un contrôle et que celui-ci ne va pas au-delà de ce qui est requis pour établir l’admissibilité de l’étranger, il n’a pas droit à un conseil;

[64] De toute évidence, on ne saurait conclure de ce seul énoncé que la pratique ou la politique de l’organisme, dans des cas semblables à celui sous étude, est de permettre le recours aux services d’un conseil.

[65] Quant à la procédure suivie avant qu’un rapport soit établi en vertu du paragraphe 44(1), l’extrait cité aux paragraphes 64 et 65 de la décision *Hernandez* ne fait pas expressément état du droit à un conseil. Comme l’a fait remarquer la juge Snider, la politique semble comporter deux éléments principaux : i) le droit, pour

a report to make submissions, either orally during an interview or in writing; and, (ii) the right to receive a copy of the report.

[66] The IAD clearly found that as a matter of fact, the POE officer in this case had properly explained the purpose of her inquiry, the concerns she had and the possible effects of her report, which included removal to India. The IAD also found that she gave Mr. Kainth an opportunity to make any representations he wished to make and gave him a copy of her subsection 44(1) report.

[67] Obviously, here again, the Court must consider the fact that Mr. Kainth's counsel had the opportunity to speak with the POE officer before she issued her report. Clearly, he understood what was at stake, made no representations whatsoever, nor did he ask for an adjournment or to speak to his client. From his comments with respect to the issuance of a security bond, one can reasonably infer that he had no representations to make against the imposition of such a condition or as to the amount of the bond.

[68] Balancing all the factors, the Court finds that: (i) there are minimal participatory rights included in the duty of fairness of the POE officer in this case; (ii) those rights were respected on the facts of this case; and, (iii) the Court is simply not willing to say that here, the duty of fairness incumbent on the officer included expressly confirming with counsel that he had no submissions to make and felt no need for an adjournment or to speak with his client prior to the issuance of the report.

[69] Keeping in mind the undisputed findings of the IAD that Mr. Kainth properly understood the reasons for the interview, the possibility of removal to India and his answers to the POE officer's questions in respect of his refugee claim in the United States (see above, paragraphs 10 and 22(3)), the Court also agrees with the IAD that the POE officer could, in this matter, reasonably infer that Mr. Kainth was not facing nor fearing any particular

toute personne qui fait ou est susceptible de faire l'objet d'un rapport, de présenter des observations, soit oralement au cours d'une entrevue, soit par écrit; ii) le droit de recevoir copie du rapport.

[66] La SAI a clairement conclu qu'en l'espèce, dans les faits, l'agente au PDE a correctement expliqué le but de son enquête, ses motifs de préoccupation et les conséquences qui pouvaient découler de son rapport, notamment la possibilité d'un renvoi en Inde. La SAI a aussi conclu que l'agente a donné à M. Kainth l'occasion de présenter toutes les observations qu'il souhaitait et le tribunal a relevé qu'elle lui avait remis copie du rapport établi en vertu du paragraphe 44(1).

[67] Naturellement, la Cour doit, là encore, tenir compte du fait que l'avocat de M. Kainth a eu l'occasion de parler avec l'agente au PDE avant que celle-ci rédige son rapport. Manifestement, il a compris les enjeux, n'a présenté aucune observation de quelque nature que ce soit, ni n'a demandé de reporter la procédure ou de parler à son client. Il est raisonnable de conclure de ses commentaires concernant l'imposition d'un cautionnement qu'il n'avait aucune observation à formuler pour s'opposer à cette condition ou au montant du cautionnement.

[68] Soupesant tous les facteurs, la Cour conclut ce qui suit : i) les droits de participation inclus dans l'obligation d'agir équitablement de l'agente au PDE en l'espèce sont minimaux; ii) compte tenu des faits, ces droits ont été respectés; iii) la Cour n'est tout simplement pas prête à dire que, en l'espèce, l'obligation d'agir équitablement incombant à l'agente commandait que celle-ci confirme expressément avec l'avocat qu'il n'avait aucune observation à faire et qu'il ne croyait pas nécessaire d'obtenir un ajournement ni de parler avec son client avant qu'elle rédige le rapport.

[69] Gardant à l'esprit les conclusions non contestées de la SAI selon lesquelles M. Kainth a bien compris les raisons d'être de l'entrevue, la possibilité de son renvoi en Inde et ses réponses aux questions de l'agente au PDE relativement à sa demande d'asile aux États-Unis (voir les paragraphes 10 et 22(3) ci-dessus), la Cour estime également, d'un commun accord avec le SAI, que l'agente au PDE pouvait raisonnablement déduire, en

danger in India (see paragraphs 35, 36 and 37 of the decision). She simply had no duty to expressly ask him if he intended to make a refugee claim in Canada.

[70] In view of the foregoing, the Court is satisfied that the application must be dismissed.

[71] The parties have not submitted any questions for certification and the Court agrees that this decision turns on its own unique facts (*Ha*, at paragraph 40). Thus, no question will be certified.

ORDER

THIS COURT ORDERS that the application is dismissed.

ANNEX

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]

10. Everyone has the right on arrest or detention

...

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; and

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

27. (1) A permanent resident of Canada has the right to enter and remain in Canada, subject to the provisions of this Act.

(2) A permanent resident must comply with any conditions imposed under the regulations.

28. (1) A permanent resident must comply with a residency obligation with respect to every five-year period.

l'espèce, que M. Kainth ne risquait ni ne craignait aucun danger particulier en Inde (voir les paragraphes 35, 36 et 37 de la décision). Elle n'avait aucune obligation de lui demander explicitement s'il comptait présenter une demande d'asile au Canada.

[70] Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que la demande doit être rejetée.

[71] Les parties n'ont proposé aucune question à certifier, et la Cour est aussi d'avis que la décision, dans le cas présent, découle des faits qui lui sont propres (*Ha*, au paragraphe 40). Par conséquent, aucune question ne sera certifiée.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que la demande soit rejetée.

ANNEXE

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]

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention :

[...]

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27

27. (1) Le résident permanent a, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le droit d'entrer au Canada et d'y séjourner.

(2) Le résident permanent est assujéti aux conditions imposées par règlement.

28. (1) L'obligation de résidence est applicable à chaque période quinquennale.

(2) The following provisions govern the residency obligation under subsection (1):

(a) a permanent resident complies with the residency obligation with respect to a five-year period if, on each of a total of at least 730 days in that five-year period, they are

(i) physically present in Canada,

(ii) outside Canada accompanying a Canadian citizen who is their spouse or common-law partner or, in the case of a child, their parent,

(iii) outside Canada employed on a full-time basis by a Canadian business or in the federal public administration or the public service of a province,

(iv) outside Canada accompanying a permanent resident who is their spouse or common-law partner or, in the case of a child, their parent and who is employed on a full-time basis by a Canadian business or in the federal public administration or the public service of a province, or

(v) referred to in regulations providing for other means of compliance;

(b) it is sufficient for a permanent resident to demonstrate at examination

(i) if they have been a permanent resident for less than five years, that they will be able to meet the residency obligation in respect of the five-year period immediately after they became a permanent resident;

(ii) if they have been a permanent resident for five years or more, that they have met the residency obligation in respect of the five-year period immediately before the examination; and

(c) a determination by an officer that humanitarian and compassionate considerations relating to a permanent resident, taking into account the best interests of a child directly affected by the determination, justify the retention of permanent resident status overcomes any breach of the residency obligation prior to the determination.

...

(2) Les dispositions suivantes régissent l'obligation de résidence :

a) le résident permanent se conforme à l'obligation dès lors que, pour au moins 730 jours pendant une période quinquennale, selon le cas :

(i) il est effectivement présent au Canada,

(ii) il accompagne, hors du Canada, un citoyen canadien qui est son époux ou conjoint de fait ou, dans le cas d'un enfant, l'un de ses parents,

(iii) il travaille, hors du Canada, à temps plein pour une entreprise canadienne ou pour l'administration publique fédérale ou provinciale,

(iv) il accompagne, hors du Canada, un résident permanent qui est son époux ou conjoint de fait ou, dans le cas d'un enfant, l'un de ses parents, et qui travaille à temps plein pour une entreprise canadienne ou pour l'administration publique fédérale ou provinciale,

(v) il se conforme au mode d'exécution prévu par règlement;

b) il suffit au résident permanent de prouver, lors du contrôle, qu'il se conformera à l'obligation pour la période quinquennale suivant l'acquisition de son statut, s'il est résident permanent depuis moins de cinq ans, et, dans le cas contraire, qu'il s'y est conformé pour la période quinquennale précédant le contrôle;

c) le constat par l'agent que des circonstances d'ordre humanitaire relatives au résident permanent — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — justifient le maintien du statut rend inopposable l'inobservation de l'obligation précédant le contrôle.

[...]

41. A person is inadmissible for failing to comply with this Act

...

(b) in the case of a permanent resident, through failing to comply with subsection 27(2) or section 28.

...

44. (1) An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister.

(2) If the Minister is of the opinion that the report is well-founded, the Minister may refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing, except in the case of a permanent resident who is inadmissible solely on the grounds that they have failed to comply with the residency obligation under section 28 and except, in the circumstances prescribed by the regulations, in the case of a foreign national. In those cases, the Minister may make a removal order.

...

67. (1) To allow an appeal, the Immigration Appeal Division must be satisfied that, at the time that the appeal is disposed of,

(a) the decision appealed is wrong in law or fact or mixed law and fact;

(b) a principle of natural justice has not been observed; or

(c) other than in the case of an appeal by the Minister, taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all the circumstances of the case.

(2) If the Immigration Appeal Division allows the appeal, it shall set aside the original decision and substitute a determination that, in its opinion, should have been made, including the making of a removal order, or refer the matter to the appropriate decision-maker for reconsideration.

...

99. (1) ...

41. S'agissant de l'étranger, emportent interdiction de territoire pour manquement à la présente loi tout fait — acte ou omission — commis directement ou indirectement en contravention avec la présente loi et, s'agissant du résident permanent, le manquement à l'obligation de résidence et aux conditions imposées.

[...]

44. (1) S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre.

(2) S'il estime le rapport bien fondé, le ministre peut déférer l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête, sauf s'il s'agit d'un résident permanent interdit de territoire pour le seul motif qu'il n'a pas respecté l'obligation de résidence ou, dans les circonstances visées par les règlements, d'un étranger; il peut alors prendre une mesure de renvoi.

[...]

67. (1) Il est fait droit à l'appel sur preuve qu'au moment où il en est disposé :

a) la décision attaquée est erronée en droit, en fait ou en droit et en fait;

b) il y a eu manquement à un principe de justice naturelle;

c) sauf dans le cas de l'appel du ministre, il y a — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — des motifs d'ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l'affaire, la prise de mesures spéciales.

(2) La décision attaquée est cassée; y est substituée celle, accompagnée, le cas échéant, d'une mesure de renvoi, qui aurait dû être rendue, ou l'affaire est renvoyée devant l'instance compétente.

[...]

99. (1) [...]

(3) A claim for refugee protection made by a person inside Canada must be made to an officer, may not be made by a person who is subject to a removal order, and is governed by this Part.

(3) Celle de la personne se trouvant au Canada se fait à l'agent et est régie par la présente partie; toutefois la personne visée par une mesure de renvoi n'est pas admise à la faire.

¹ The most relevant provisions are reproduced in the annex.

² Given that the certified record is over 1000 pages, only a brief summary of the facts and the evidence before the IAD is presented here.

³ The applicant claims that his U.S. lawyer suggested using a false name.

⁴ The POE officer also testified to this effect before the IAD (certified record, p. 227), specifying that applicant's counsel indicated in two of the telephone conversations she had with him (one prior to Mr. Kainth's interview as well as another after it), that the applicant's family was willing to post such a bond.

⁵ A notice of appeal was filed with the IAD to contest the removal order on February 14, 2006. Although an admissibility hearing was later scheduled, said hearing was suspended.

⁶ The evidence of the applicant was that the POE officer repeatedly ignored his requests to call his lawyer.

⁷ See *Mendoza v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 934, 317 F.T.R. 118, at para. 17 to 20.

⁸ The POE officer noted however, in her testimony before the IAD, that in some instances where identity and status are in dispute, she would not want a person to warn his alleged contacts in advance of her calls as to what they should say to the officer.

¹ Les dispositions les plus pertinentes sont reproduites à l'annexe.

² Le dossier certifié comptant plus de 1 000 pages, la Cour se bornera à présenter un bref résumé des faits et de la preuve soumis à la SAI.

³ Le demandeur prétend que son avocat aux États-Unis a suggéré qu'il utilise un faux nom.

⁴ L'agente au PDE a aussi témoigné à cet effet devant la SAI (dossier certifié, à la p. 227), précisant que l'avocat du demandeur a déclaré dans deux des conversations téléphoniques qu'elle a eues avec lui (l'une avant l'entrevue avec M. Kainth et l'autre après cette entrevue) que la famille du demandeur était disposée à déposer un cautionnement.

⁵ Un avis d'appel visant à contester la mesure de renvoi a été déposé à la SAI le 14 février 2006. Bien qu'une enquête ait été prévue par la suite, la tenue de l'enquête a été suspendue.

⁶ Le demandeur affirme que l'agente au PDE a fait abstraction plusieurs fois de ses demandes pour téléphoner à son avocat.

⁷ Voir *Mendoza c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 934, aux par. 17 à 20.

⁸ L'agente au PDE a toutefois indiqué, dans son témoignage devant la SAI, que dans certains cas où l'identité et le statut font l'objet d'un différend, elle ne voudrait pas qu'une personne informe ses contacts de ce qu'ils doivent dire à l'agente lorsqu'elle leur téléphonerait.

A-252-08
2009 FCA 57

A-252-08
2009 CAF 57

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

v.

c.

Prévost Car Inc. (*Respondent*)

Prévost Car Inc. (*intimée*)

INDEXED AS: PRÉVOST CAR INC. v. CANADA (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : PRÉVOST CAR INC. c. CANADA (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Décary, Blais and Sharlow JJ.A.—Toronto, February 17; Ottawa, February 26, 2009.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Blais et Sharlow, J.C.A.—Toronto, 17 février; Ottawa, 26 février 2009.

Income Tax — International tax treaties — Convention between Canada and the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income — Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision finding beneficial owner of dividends paid by respondent Dutch corporation, shareholder of respondent — Dutch corporation receiving dividends from respondent, then paying similar amount of dividends to corporate shareholders, residents of Sweden, U.K. — Respondent's rate of withholding under Convention 5%, but higher if beneficial owner Swedish, British shareholders — T.C.C. correctly interpreting term "beneficial owner" — Appeal dismissed.

Impôt sur le revenu — Traités fiscaux internationaux — Convention entre le Canada et le Royaume des Pays-Bas en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu — Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (la C.C.I.) portant que le bénéficiaire effectif de dividendes versés par l'intimée était une société hollandaise et un actionnaire de l'intimée — La société hollandaise recevait des dividendes de l'intimée, puis versait des dividendes pour un montant à peu près identique à ses actionnaires, des sociétés résidentes de la Suède et du Royaume-Uni — Le taux applicable aux retenues d'impôt de l'intimée en vertu de la Convention était de 5 %, mais il serait plus élevé si les actionnaires suédois ou britannique étaient les bénéficiaires effectifs — La C.C.I. a interprété à juste titre l'expression « bénéficiaire effectif » — Appel rejeté.

Construction of Statutes — Interpretation of term "beneficial owner" in Convention between Canada and the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income, Art. 10, para. 2 — Judge examining ordinary, technical, legal meanings of "beneficial owner", relying on Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) Commentaries — OECD Commentaries acceptable guides in interpreting, applying bilateral conventions — Judge capturing essence of term "beneficial owner".

Interprétation des lois — Interprétation de l'expression « bénéficiaire effectif » utilisée à l'art. 10(2) de la Convention entre le Canada et le Royaume des Pays-Bas en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu — Le juge a scruté les sens courant, technique et en droit de l'expression « bénéficiaire effectif », se fondant sur les Commentaires de l'Organisation de coopération et de développement économiques (l'OCDE) — Les Commentaires de l'OCDE constituent un guide acceptable en matière d'application et d'interprétation de conventions bilatérales — Le juge a saisi l'essence de l'expression « bénéficiaire effectif ».

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision finding that the beneficial owner of dividends paid by the respondent was a resident Dutch corporation and shareholder of the respondent.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt portant que le bénéficiaire effectif de dividendes versés par l'intimée était une société résidant en Hollande et un actionnaire de l'intimée.

The respondent paid dividends to its Dutch shareholder, which then paid a similar amount of dividends to its corporate

L'intimée a versé des dividendes à son actionnaire hollandais, qui a lui-même versé des dividendes pour un

shareholders, residents of Sweden and of the United Kingdom. The respondent's rate of withholding tax was 5% by virtue of subsections 212(1) and 215(1) of the *Income Tax Act* and Article 10 of the *Convention between Canada and the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*. However, should the beneficial owner have been found to be the Swedish or British shareholders, the rate of withholding would have been 15% and 10% respectively.

The issues were whether the Tax Court Judge used an incorrect approach in interpreting the term "beneficial owner" found in Article 10, paragraph 2 of the Convention and erred in identifying the beneficial owner.

Held, the appeal should be dismissed.

The Judge reviewed the ordinary, technical, and legal meanings of the term "beneficial owner", relying on the Organization for Economic Cooperation and Development's (OECD) 1977 Commentary on Article 10 of the Model Tax Convention on Income and on Capital 1977 (the Model Convention) and on OECD documents issued after the 1977 Commentary. The worldwide recognition of the provisions of the Model Convention and their incorporation into a majority of bilateral conventions have made the Commentaries on the provisions of the OECD Model Convention widely-accepted guides in interpreting and applying bilateral conventions. The OECD documents issued after the 1977 Commentary are also helpful complements in so far as they are eliciting, rather than contradicting, views previously expressed. The Judge captured the essence of the term "beneficial owner" as it emerged from his review. His formulation is also consistent with the OECD Commentaries and other documents. The appellant's suggested definition for "beneficial owner" as a "person who can, in fact, ultimately benefit from the dividend" would jeopardize the certainty and stability that a tax treaty seeks to achieve.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 212(1), 215(1) (as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 174).

montant à peu près identique à ses actionnaires, des sociétés résidentes de la Suède et du Royaume-Uni. Le taux applicable aux retenues d'impôt de l'intimée était de 5 % selon les paragraphes 212(1) et 215(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et l'article 10 de la *Convention entre le Canada et le Royaume des Pays-Bas en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu*. Cependant, si les actionnaires suédois ou britannique sont considérés comme les bénéficiaires effectifs, le taux applicable aux retenues d'impôt aurait été entre 15 % et 10 % respectivement.

Les questions litigieuses étaient celles de savoir si le juge de la Cour de l'impôt avait adopté une mauvaise approche pour interpréter l'expression « bénéficiaire effectif » au paragraphe 10(2) de la Convention et avait commis une erreur en identifiant le bénéficiaire effectif.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

Le juge a scruté les sens courant, technique et en droit de l'expression « bénéficiaire effectif », se fondant sur les Commentaires de 1977 de l'Organisation de coopération et de développement économiques (l'OCDE) sur l'article 10 du *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune* de 1977 (le Modèle de Convention) ainsi que sur des documents publiés par l'OCDE après les Commentaires de 1977. La reconnaissance mondiale des dispositions du Modèle de Convention et leur intégration dans la plupart des conventions bilatérales ont fait des Commentaires sur les dispositions du Modèle de Convention de l'OCDE un guide largement reconnu en matière d'application et d'interprétation de conventions bilatérales. Les documents de l'OCDE publiés après les Commentaires de 1977 se révèlent un complément très utile dans la mesure où ils éclaircissent, au lieu de contredire, les vues exprimées précédemment. Le juge a saisi l'essence du concept de « bénéficiaire effectif », telle qu'elle ressort de son examen. En outre, ses explications s'accordent avec les Commentaires de l'OCDE et d'autres documents. La définition proposée par l'appelante quant à l'expression « bénéficiaire effectif », soit la « personne qui peut, en fait, bénéficier en fin de compte du dividende » compromettrait la certitude et la stabilité qu'un traité fiscal cherche à atteindre.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 212(1), 215(1) (mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 174).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention and Protocol between Canada and the United States of America for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion in the case of Income Taxes, S.C. 1943-44, c. 21, Sch.

Convention between Canada and Sweden for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income, S.C. 1997, c. 38, Sch. I.

Convention between Canada and the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income, S.C. 1986, c. 48, Schedule I, Art. 10(2) (as am. by S.C. 1994, c. 17, Sch. VII, Art. II; 1997, c. 38, Sch. 6, Art. I).

Convention between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and Capital Gains, S.C. 1980-81-82-83, c. 44, Sch. X.

CASES CITED

CONSIDERED:

Cudd Pressure Control Inc. v. R., [1999] 1 C.T.C. 1, (1998), 98 DTC 6630 (F.C.A.); *MIL (Investments) S.A. v. Canada*, 2006 TCC 460, [2006] 5 C.T.C. 2552, 2006 DTC 3307, aff'd 2007 FCA 236, [2007] 4 C.T.C. 235, 2007 DTC 5437.

REFERRED TO:

Crown Forest Industries Ltd. v. Canada, [1995] 2 S.C.R. 802, (1995), 125 D.L.R. (4th) 485, [1995] 2 C.T.C. 64.

AUTHORS CITED

Organization for Economic Co-operation and Development. OECD Committee on Fiscal Affairs. *Model Double Taxation Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD, 1977.

Organization for Economic Co-operation and Development. OECD Committee on Fiscal Affairs. *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version*, 28 January 2003. Paris: OECD, 2003.

Vogel, Klaus. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: A Commentary to the OECD-, UN-, and US Model Conventions for Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, with particular reference to German Treaty Practice*, 3rd ed. The Hague: Kluwer Law International, 1997.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention entre le Canada et la Suède en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu, L.C. 1997, ch. 38, ann. I.

Convention entre le Canada et le Royaume des Pays-Bas en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu, S.C. 1986, ch. 48, ann. I, art. 10(2) (mod. par L.C. 1994, ch. 17, ann. VII, art. II; 1997, ch. 38, ann. 6, art. I).

Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et les gains en capital, S.C. 1980-81-82-83, ch. 44, ann. X.

Convention et Protocole entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en vue d'éviter la double imposition et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu, S.C. 1943-44, ch. 21, ann.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Cudd Pressure Control Inc. c. Canada, [1998] A.C.F. n° 1493 (C.A.) (QL); *MIL (Investments) S.A. c. Canada*, 2006 CCI 460, conf. par 2007 CAF 236.

DÉCISION CITÉE :

Crown Forest Industries Ltd. c. Canada, [1995] 2 R.C.S. 802.

DOCTRINE CITÉE

Organisation de coopération et de développement économiques. Comité des affaires fiscales de l'OCDE. *Modèle de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune*. Paris : OCDE, 1977.

Organisation de coopération et de développement économiques. Comité des affaires fiscales de l'OCDE. *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune* : version abrégée, 28 janvier 2003. Paris : OCDE, 2003.

Vogel, Klaus. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: A Commentary to the OECD-, UN-, and US Model Conventions for Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, with particular reference to German Treaty Practice*, 3^e éd. La Haye : Kluwer Law International, 1997.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2008 TCC 231, [2008] 5 C.T.C. 2306, 2008 DTC 3080) finding that the beneficial owner of dividends paid by the respondent was a resident Dutch corporation and shareholder of the respondent. Appeal dismissed.

APPEL d'une décision (2008 CCI 231) de la Cour canadienne de l'impôt portant que le bénéficiaire effectif de dividendes versés par l'intimée était une société résidant en Hollande et un actionnaire de l'intimée. Appel rejeté.

APPEARANCES

Daniel Bourgeois, Ifeanyichukwu Nwachukwu, Ryan R. Hall and Roger LeClaire for appellant.
William I. Innes, Chia-yi Chua and Matthew Peters for respondent.

ONT COMPARU

Daniel Bourgeois, Ifeanyichukwu Nwachukwu, Ryan R. Hall et Roger LeClaire pour l'appelante.
William I. Innes, Chia-yi Chua et Matthew Peters pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Fraser Milner Casgrain LLP, Toronto, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Fraser Milner Casgrain s.r.l., Toronto, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] DÉCARY J.A.: At issue in this appeal is the interpretation of the terms “beneficial owner”, “*bénéficiaire effectif*”, in Article 10, paragraph 2 of the *Convention between Canada and the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*, S.C. 1986, c. 48, Schedule I [see also [1987] Can. T.S. No. 23], as amended [by S.C. 1994, c. 17, Sch. VII, Art. II; 1997, c. 38, Sch. 6, Art. I (see also [1994] Can. T.S. No. 32 and [1999] Can. T.S. No. 3)] (the Tax Treaty). The Tax Treaty came into force on November 27, 1986 and was based on the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) *Model Double Taxation Convention on Income and on Capital* (1977) (Model Convention).

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : Dans le présent appel, le débat porte sur l'interprétation des termes « bénéficiaire effectif » et « *beneficial owner* » au paragraphe 2 de l'article 10 de la *Convention entre le Canada et le Royaume des Pays-Bas en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu*, S.C. 1986, ch. 48, annexe I [voir aussi [1987] R.T. Can. n° 23], modifiée [par L.C. 1994, ch. 17, ann. VII, art. II; 1997, ch. 38, ann. 6, art. I (voir aussi [1994] R.T. Can. n° 32 et [1999] R.T. Can. n° 3)] (le Traité fiscal). Le Traité fiscal est entré en vigueur le 27 novembre 1986. Il s'inspirait du *Modèle de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune* de 1977 (le Modèle de convention) de l'Organisation de coopération et de développement économiques (l'OCDE).

[2] The context in which the issue is raised is that of a payment of dividends by a resident Canadian corporation, Prévost Car Inc. (Prévost or the respondent) to its shareholder Prévost Holding B.V. (Prévost Holding), a corporation resident in the Netherlands, which in turn paid dividends in substantially the same amount to its corporate shareholders, Volvo Bussar Corporation

[2] Le contexte dans lequel la question est soulevée est celui du paiement de dividendes par une société résidant au Canada, Prévost Car Inc. (Prévost ou l'intimée) à son actionnaire Prévost Holding B.V. (Prévost Holding), société résidant aux Pays-Bas, qui a elle-même versé des dividendes pour un montant à peu près identique à ses actionnaires, Volvo Bussar Corporation (Volvo), société

(Volvo), a resident of Sweden and Henlys Group plc (Henlys), a resident of the United Kingdom.

[3] Should Prévost Holding be found to be the beneficial owner, the rate of withholding tax by virtue of subsections 212(1) and 215(1) [as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 174] of the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] and in accordance with Article 10 of the Tax Treaty would be 5%. Should Volvo and Henlys be found to be the beneficial owners, subsection 215(1) of the Act would have required Prévost to withhold 25% (reduced to 15% in the case of the dividend paid to Volvo because of the Canada-Sweden Tax Treaty [*Convention between Canada and Sweden for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*, S.C. 1997, c. 38, Sch. I (see also [1997] Can. T.S. No. 32)] and 10% in the case of the dividend paid to Henlys because of the Canada-U.K. Tax Treaty [*Convention between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and Capital Gains*, S.C. 1980-81-82-83, c. 44, Sch. X (see also [1980] Can. T.S. No. 25))].

[4] In a judgment cited as 2008 TCC 231, [2008] 5 C.T.C. 2306, the Associate Chief Justice Rip (as he then was) found that the beneficial owner was Prévost Holding.

[5] The relevant facts have been canvassed at length in the reasons for judgment of the Tax Court of Canada. They need not be repeated here.

[6] Counsel for the Crown argues that the Judge has used an incorrect approach in his interpretation of the term “beneficial owner” and in the end committed a palpable and overriding error in finding that Prévost Holding was, in the circumstances of this case, the beneficial owner.

résidente de la Suède, et à Henlys Group plc (Henlys), société résidente du Royaume-Uni.

[3] Si Prévost Holding est considérée comme le bénéficiaire effectif, le taux applicable aux retenues d’impôt serait de 5 pour 100, selon les paragraphes 212(1) et 215(1) [mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 174] de la *Loi de l’impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1] et l’article 10 du Traité fiscal. Mais si Volvo et Henlys sont considérées comme les bénéficiaires effectifs, le paragraphe 215(1) de la Loi aurait obligé Prévost à retenir 25 pour 100 (ramené à 15 pour 100 dans le cas des dividendes versés à Volvo en raison du Traité fiscal conclu entre le Canada et la Suède [*Convention entre le Canada et la Suède en vue d’éviter les doubles impositions et de prévenir l’évasion fiscale en matière d’impôts sur le revenu*, L.C. 1997, ch. 38, ann. I (voir aussi [1997] R.T. Can. n° 32)], et à 10 pour 100 dans le cas des dividendes versés à Henlys en raison du Traité fiscal conclu entre le Canada et le Royaume-Uni [*Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l’évasion fiscale en matière d’impôts sur le revenu et les gains en capital*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 44, ann. X (voir aussi [1980] R.T. Can. n° 25))].

[4] Dans un jugement publié sous la référence 2008 CCI 231, le juge en chef adjoint Rip (maintenant juge en chef) a conclu que le bénéficiaire effectif était Prévost Holding.

[5] Les faits pertinents ont été relatés en détail dans les motifs du jugement de la Cour canadienne de l’impôt. Il n’est pas nécessaire de les répéter ici.

[6] L’avocat de Sa Majesté soutient que le juge a adopté une mauvaise approche pour interpréter l’expression « bénéficiaire effectif », ce qui l’a finalement amené à commettre une erreur manifeste et dominante en concluant que Prévost Holding était, eu égard aux circonstances de l’espèce, le bénéficiaire effectif.

Interpretation of “beneficial owner” in Article 10, paragraph 2 of the Tax Treaty

[7] As I understand it, the main thrust of the Crown’s argument is that the Judge gave to the term “beneficial owner” the meaning they have in common law, thereby ignoring the meaning they have in civil law and in international law.

[8] It is common ground that there is no settled definition of “beneficial ownership” (or in French, “*bénéficiaire effectif*”) in the Model Convention, in the Tax Treaty or in the Canadian *Income Tax Act*. In his search for the meaning of these terms, the Judge closely examined their ordinary meaning, their technical meaning and the meaning they might have in common law, in Québec’s civil law, in Dutch law and in international law. He relied, *inter alia*, on the OECD Commentary on Article 10 of the Model Convention and on OECD documents issued subsequently to the 1977 Commentary, i.e. the OECD Conduit Companies Report adopted by the OECD Council on November 27, 1986 and the amendments made in 2003 by the OECD to its 1977 Commentary [*Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version*, 28 January 2003]. He also had the benefit of expert evidence.

[9] I pause here to observe that counsel for both sides agree that the Judge was entitled to rely on subsequent documents issued by the OECD in order to interpret the Model Convention. I share their view. It is true that this Court, in *Cudd Pressure Control Inc. v. R.*, [1999] 1 C.T.C. 1, at paragraph 28, qualified the relevance of the 1977 Commentary as being “somewhat suspect” in the search of the intention of the drafters of a Convention signed 35 years earlier, in 1942, but there was no model convention in 1942 and in any event McDonald J.A., in concurring reasons, went on to recognize that OECD commentaries “can provide some assistance” as the 1942 Convention [*Convention and Protocol between Canada and the United States of America for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion in the case of Income Taxes*, S.C. 1943-44, c. 21, Sch. (see also [1942] Can. T.S. No. 2)] follows

Interprétation de l’expression « bénéficiaire effectif » au paragraphe 2 de l’article 10 du Traité fiscal

[7] Si j’ai bien compris, Sa Majesté soutient essentiellement que le juge a accordé à l’expression « bénéficiaire effectif » le sens que ces termes ont en common law, faisant ainsi fi du sens qu’ils ont en droit civil et en droit international.

[8] Il est acquis aux débats qu’on ne trouve pas de définition fixe de l’expression « bénéficiaire effectif » (ou, en anglais, « *beneficial owner* ») dans le Modèle de convention, le Traité fiscal ou la *Loi de l’impôt sur le revenu* canadienne. Dans sa recherche du sens de cette expression, le juge a scruté le sens courant des mots qui la composent, de même que leur sens technique et le sens qu’ils pourraient avoir en common law, en droit civil québécois, en droit hollandais et en droit international. Il s’est notamment fondé sur les Commentaires de l’OCDE sur l’article 10 du Modèle de convention, ainsi que sur des documents publiés par l’OCDE après les Commentaires de 1977, en l’occurrence le Rapport sur les sociétés relais produit par l’OCDE et adopté par le Conseil de l’OCDE le 27 novembre 1986, et les modifications apportées en 2003 par l’OCDE à ses Commentaires de 1977 [*Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : version abrégée*, 28 janvier 2003]. Il a également eu l’avantage d’entendre des experts.

[9] J’ouvre ici une parenthèse pour signaler que les avocats des deux parties sont d’accord pour dire que le juge avait le droit de se fonder sur les documents ultérieurs publiés par l’OCDE pour interpréter le Modèle de convention. Je partage leur point de vue. Certes, dans l’arrêt *Cudd Pressure Control Inc. c. Canada*, [1998] A.C.F. n° 1493 (QL), au paragraphe 28, notre Cour a qualifié de « quelque peu suspecte » la pertinence des Commentaires de 1977 lorsqu’il s’agit de découvrir l’intention des rédacteurs d’une Convention signée 35 ans plus tôt, en 1942, mais il est vrai qu’il n’y avait pas de modèle de convention en 1942 et, de toute façon, le juge McDonald, dans des motifs concourants, a poursuivi en reconnaissant que les Commentaires de l’OCDE « permettent donc dans une certaine mesure » de découvrir la volonté des rédacteurs puisque la Convention de 1942 [*Convention et Protocole entre le*

the same general principles as the 1977 OECD Model Convention. To the extent that it might be said that a contrary view was expressed by the Tax Court in *MIL (Investments) S.A. v. Canada*, 2006 TCC 460, [2006] 5 C.T.C. 2552, at paragraph 83, it does not appear that such a view was in the mind of this Court when it dismissed the appeal from the Bench, 2007 FCA 236, [2007] 4 C.T.C. 235.

[10] The worldwide recognition of the provisions of the Model Convention and their incorporation into a majority of bilateral conventions have made the Commentaries on the provisions of the OECD Model Convention a widely-accepted guide to the interpretation and application of the provisions of existing bilateral conventions (see *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802; Klaus Vogel, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: A Commentary to the OECD-, UN-, and US Model Conventions for Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, with particular reference to German Treaty Practice*, 3rd ed. The Hague: Kluwer Law International, 1997, at page 43). In the case at bar, Article 10, paragraph 2 of the Tax Treaty is mirrored on Article 10, paragraph 2 of the Model Convention.

[11] The same may be said with respect to later Commentaries, when they represent a fair interpretation of the words of the Model Convention and do not conflict with Commentaries in existence at the time a specific treaty was entered and when, of course, neither treaty partner has registered an objection to the new Commentaries. For example, in the Introduction to the *Model Tax Convention on Income and on Capital* and Commentaries on the Articles, the OECD invites its members to interpret their bilateral treaties in accordance with the Commentaries “as modified from time to time” (paragraph 3) and “in the spirit of the revised Commentaries” (paragraph 33). The Introduction goes on, at paragraph 35, to note that changes to the Commentaries are not relevant “where the provisions . . . are different in substance from the amended Articles” and, at paragraph 36, that “[m]any amendments are

Canada et les États-Unis d’Amérique en vue d’éviter la double imposition et de prévenir l’évasion fiscale en matière d’impôts sur le revenu, S.C. 1943-44, ch. 21, ann. (voir aussi [1942] R.T. Can. n° 2)] s’inspirait des mêmes principes généraux que ceux à la base du Modèle de convention de 1977 de l’OCDE. Si tant est qu’on puisse affirmer que la Cour de l’impôt a exprimé une opinion contraire dans le jugement *MIL (Investments) S.A. c. Canada*, 2006 CCI 460, au paragraphe 86, il ne semble pas que notre Cour avait cette opinion présente à l’esprit lorsqu’elle a rejeté l’appel dans le jugement qu’elle a prononcé à l’audience (2007 CAF 236).

[10] La reconnaissance mondiale des dispositions du Modèle de Convention et leur intégration dans la plupart des conventions bilatérales ont fait des Commentaires sur les dispositions du Modèle de convention de l’OCDE un guide largement reconnu en matière d’application et d’interprétation des conventions fiscales bilatérales (voit l’arrêt *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802, Klaus Vogel, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: A Commentary to the OECD-, UN-, and US Model Conventions for Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, with particular reference to German Treaty Practice*, 3^e éd. La Haye : Kluwer Law International, 1997, à la page 43). Dans le cas qui nous occupe, le paragraphe 2 de l’article 10 du Traité fiscal trouve son pendant au paragraphe 2 de l’article 10 du Modèle de convention.

[11] Il en va de même en ce qui concerne les Commentaires ultérieurs, lorsqu’ils représentent une interprétation juste des termes du Modèle de convention et ne contredisent pas les Commentaires qui existaient lors de l’entrée en vigueur d’un traité déterminé et, évidemment, lorsque ni l’un ni l’autre des signataires du traité ne s’est opposé aux nouveaux Commentaires. Ainsi, dans l’introduction au *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune* et les Commentaires aux articles, l’OCDE invite ses membres à interpréter leurs traités bilatéraux en conformité avec les Commentaires « tels que modifiés de temps à autre » (au paragraphe 3) et « dans l’esprit des Commentaires révisés » (au paragraphe 33). L’introduction précise, au paragraphe 35, que les modifications apportées aux Commentaires ne doivent pas être prises en compte « lorsque les dispositions [...] diffèrent, quant au fond,

intended to simply clarify, not change, the meaning of the Articles or the Commentaries”.

[12] I therefore reach the conclusion, that for the purposes of interpreting the Tax Treaty, the OECD Conduit Companies Report (in 1986) as well as the OECD 2003 amendments to the 1977 Commentary are a helpful complement to the earlier Commentaries, insofar as they are eliciting, rather than contradicting, views previously expressed. Needless to say, the Commentaries apply to both the English text of the Model Convention (beneficial owner) and to the French text (*bénéficiaire effectif*).

[13] In the end the Judge determined, at paragraph 100 of his reasons, that “the ‘beneficial owner’ of dividends is the person who receives the dividends for his or her own use and enjoyment and assumes the risk and control of the dividend he or she received”. To illustrate his point of view, the Judge goes on, as follows in paragraph 100:

Where an agency or mandate exists or the property is in the name of a nominee, one looks to find on whose behalf the agent or mandatary is acting or for whom the nominee has lent his or her name. When corporate entities are concerned, one does not pierce the corporate veil unless the corporation is a conduit for another person and has absolutely no discretion as to the use or application of funds put through it as conduit, or has agreed to act on someone else’s behalf pursuant to that person’s instructions without any right to do other than what that person instructs it, for example, a stockbroker who is the registered owner of the shares it holds for clients.

[14] The Judge’s formulation captures the essence of the concepts of “beneficial owner”, “*bénéficiaire effectif*” as it emerges from the review of the general, technical and legal meanings of the terms. Most importantly, perhaps, the formulation accords with what is stated in the OECD Commentaries and in the Conduit Companies Report.

[15] Counsel for the Crown has invited the Court to determine that “beneficial owner”, “*bénéficiaire*

des articles modifiés » et, au paragraphe 36, que « plusieurs modifications ont pour objet de simplement clarifier, et non de changer, la portée des articles ou des Commentaires ».

[12] J’arrive donc à la conclusion que, pour interpréter le Traité fiscal, le Rapport de l’OCDE sur les sociétés relais (1986) et les modifications apportées en 2003 par l’OCDE à ses Commentaires de 1977 se révèlent un complément utile aux Commentaires précédents, dans la mesure où ils éclairent, au lieu de contredire, les vues exprimées précédemment. Inutile de dire que les Commentaires s’appliquent tant à la version anglaise (*beneficial owner*) qu’à la version française (*bénéficiaire effectif*) du Modèle de convention.

[13] En fin de compte, le juge a estimé, au paragraphe 100 de ses motifs, que « le “bénéficiaire effectif” du dividende est la personne qui le reçoit pour son propre usage et sa propre jouissance, qui assume les risques liés au dividende et qui dispose en maître du dividende ». Pour illustrer son point de vue, le juge poursuit en expliquant, au paragraphe 100 :

Lorsqu’il existe un mandat ou encore lorsque le bien est détenu par un prête-nom, on cherche à déterminer pour le compte de qui agit l’agent ou le mandataire ou au profit de qui le prête-nom a prêté son nom. Lorsqu’une personne morale est en cause, il n’y a pas lieu de soulever le voile de la personnalité juridique, à moins que la société ne serve de relais pour une autre personne et qu’elle n’ait absolument aucune latitude quant à l’usage ou à l’affectation des fonds qui passent par elle en sa qualité de relais, ou qu’elle ne se soit engagée à agir pour le compte d’un tiers et conformément aux instructions de ce dernier, sans avoir aucun droit de faire autre chose que ce que ce tiers lui dit, comme dans le cas d’un courtier en valeurs mobilières, qui est le propriétaire inscrit des actions qu’il détient pour le compte de clients.

[14] Les explications du juge saisissent l’essence des concepts de « bénéficiaire effectif » / « *beneficial owner* » telle qu’elle ressort de l’examen du sens général, technique et juridique de ces termes. Mais, ce qui est peut-être encore plus important, elles s’accordent avec ce qui est déclaré dans les Commentaires de l’OCDE et dans le Rapport sur les sociétés relais.

[15] L’avocat de Sa Majesté invite la Cour à conclure que, par « bénéficiaire effectif » / « *beneficial owner* »,

effectif”, “means the person who can, in fact, ultimately benefit from the dividend”. That proposed definition does not appear anywhere in the OECD documents and the very use of the word “can” opens up a myriad of possibilities which would jeopardize the relative degree of certainty and stability that a tax treaty seeks to achieve. The Crown, it seems to me, is asking the Court to adopt a pejorative view of holding companies which neither Canadian domestic law, the international community nor the Canadian government through the process of objection, have adopted.

[TRANSLATION] « on entend la personne qui peut, en fait, bénéficier en fin de compte du dividende ». La définition qu’il propose ne figure nulle part dans les documents de l’OCDE et l’emploi même du mot « peut » ouvre la porte à une multitude de possibilités qui risqueraient de compromettre la certitude et la stabilité relatives que les traités fiscaux cherchent à atteindre. Sa Majesté, il me semble, demande à la Cour de retenir une conception négative des sociétés de portefeuille qui n’a pas été adoptée en droit interne canadien ou au sein de la communauté internationale ou du gouvernement canadien par le truchement d’une opposition.

Who is the “beneficial owner” in the case at bar?

Qui est le « bénéficiaire effectif » en l’espèce?

[16] The Judge found that:

[16] Le juge a conclu ce qui suit :

(a) the relationship between Prévost Holding and its shareholders is not one of agency, or mandate nor one where the property is in the name of a nominee (paragraph 100);

a) la relation qui existe entre Prévost Holding et ses actionnaires n’est pas une relation de mandat ou une relation dans le cadre de laquelle le bien est inscrit au nom d’un prête-nom (paragraphe 100);

(b) the corporate veil should not be pierced because Prévost Holding is not “a conduit for another person”, cannot be said to have “absolutely no discretion as to the use or application of funds put through it as a conduit” and has not “agreed to act on someone else’s behalf pursuant to that person’s instructions without any right to do other than what that person instructs it, for example a stockbroker who is the registered owner of the shares it holds for clients” (paragraph 100);

b) il n’y a pas lieu de soulever le voile de la personnalité juridique parce que Prévost Holding ne sert pas de « relais pour une autre personne » et qu’on ne peut pas dire qu’elle n’a « absolument aucune latitude quant à l’usage ou à l’affectation des fonds qui passent par elle en sa qualité de relais » et qu’elle ne s’est pas « engagée à agir pour le compte d’un tiers et conformément aux instructions de ce dernier, sans avoir aucun droit de faire autre chose que ce que ce tiers lui dit, comme dans le cas d’un courtier en valeurs mobilières, qui est le propriétaire inscrit des actions qu’il détient pour le compte de clients » (paragraphe 100);

(c) there is no evidence that Prévost Holding was a conduit for Volvo and Henlys and there was no pre-determined or automatic flow of funds to Volvo and Henlys (paragraph 102);

c) il n’y a aucune preuve établissant que Prévost Holding servait de société relais pour Volvo et Henlys et il n’y avait pas de mouvements de fonds préétablis ou automatiques vers Volvo et Henlys (paragraphe 102);

(d) Prévost Holding was a statutory entity carrying on business operations and corporate activity in accordance with the Dutch law under which it was constituted (paragraph 103);

d) Prévost Holding était une entité d’origine législative qui se livrait à des activités commerciales conformément au droit néerlandais, sous le régime duquel elle avait été constituée (paragraphe 103);

(e) Prévost Holding was not party to the Shareholders' Agreement (paragraph 103);

(f) neither Henlys nor Volvo could take action against Prévost Holding for failure to follow the dividend policy described in the Shareholders' Agreement (paragraph 103);

(g) Prévost Holding's Deed of Incorporation did not obligate it to pay any dividend to its shareholders (paragraph 104);

(h) when Prévost Holding decides to pay dividends, it must pay the dividends in accordance with the Dutch law (paragraph 104);

(i) Prévost Holding was the registered owner of Prévost shares, paid for the shares and owned the shares for itself; when dividends are received by Prévost Holding in respect of shares it owns, the dividends are the property of Prévost Holding and are available to its creditors, if any, until such time as the management board declares a dividend and the dividend is approved by the shareholders (paragraph 105).

[17] These findings, to the extent that they are findings of fact, are supported by the evidence. No palpable or overriding error has been shown.

[18] To the extent that part of these findings is based on the interpretation of the contractual relationships between Prévost, Prévost Holding, Volvo and Henlys, no error of law has been shown.

Disposition

[19] I would dismiss the appeal with costs.

BLAIS J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

e) Prévost Holding n'était pas partie à la convention d'actionnaires (paragraphe 103);

f) ni Henlys ni Volvo ne pouvait tenter une procédure contre Prévost Holding si cette dernière omettait de suivre la politique relative aux dividendes énoncée dans la convention d'actionnaires (paragraphe 103);

g) l'acte constitutif de Prévost Holding n'obligeait nullement celle-ci à verser des dividendes à ses actionnaires (paragraphe 104);

h) lorsqu'elle décide de verser des dividendes, Prévost Holding doit les payer conformément au droit néerlandais (paragraphe 104);

i) Prévost Holding était la détentrice inscrite des actions de Prévost, elle avait payé pour les actions et elle détenait les actions pour elle-même. Lorsque Prévost Holding reçoit des dividendes au titre des actions qu'elle détient, ces dividendes lui appartiennent et peuvent être saisis par ses créanciers, le cas échéant, et, jusqu'à ce que le conseil de gestion déclare un dividende provisoire et que le dividende soit approuvé par les actionnaires (paragraphe 105).

[17] Ces conclusions, dans la mesure où elles sont des conclusions de fait, sont étayées par la preuve. Aucune erreur manifeste ou dominante n'a été démontrée.

[18] Dans la mesure où une partie de ces conclusions repose sur l'interprétation des rapports contractuels entre Prévost, Prévost Holding, Volvo et Henlys, aucune erreur de droit n'a été démontrée.

Dispositif

[19] Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

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

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je suis d'accord.

IMM-3497-08
2009 FC 325

IMM-3497-08
2009 CF 325

A. B. (*Applicant*)

A. B. (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

INDEXED AS: A. B. v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)

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

Federal Court, Gibson D.J.—Toronto, February 11; Ottawa, March 27, 2009.

Cour fédérale, juge suppléant Gibson—Toronto, 11 février; Ottawa, 27 mars 2009.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Persons in Need of Protection — Judicial review of pre-removal risk assessment officer's conclusion applicant not described in Immigration and Refugee Protection Act, ss. 96, 97(1)(a),(b), not meeting definition of protected person — Applicant, Iranian, claiming refugee status in Canada based on political opinion but claim rejected — In pre-removal risk assessment (PRRA) application, applicant including rejection of Islam as new risk, indicating fearing treatment that might await him if returned to Iran — Whether PRRA officer misstating issue, applying proper test — Unquestionable that citizen of Iran who rejects Islam put at risk if returned to Iran — Even assuming individual who has rejected Islam, if required to return to Iran, remaining discreetly silent on rejection, person may well remain at risk of persecution if person's rejection coming to state authorities' attention — PRRA officer not addressing that risk — Therefore, officer's failure to address appropriate test regarding risk of persecution, risk resulting in applicant being person in need of protection constituting reviewable error — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Personnes à protéger — Contrôle judiciaire de la conclusion de l'agent d'examen des risques avant renvoi portant que le demandeur ne répondait pas à la description figurant aux art. 96 et 97(1)a) et b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés ni à la description de personne à protéger — Le demandeur, un Iranien, a demandé l'asile au Canada du fait de ses opinions politiques, mais sa demande a été rejetée — Dans sa demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR), le demandeur a fait mention d'un nouveau risque, soit le rejet de l'Islam, et a précisé qu'il craignait le traitement qui pourrait lui être réservé s'il était renvoyé en Iran — Il s'agissait de savoir si l'agent d'ERAR a mal formulé la question en litige et a appliqué le bon critère — Il ne fait aucun doute qu'un citoyen de l'Iran qui rejette l'Islam est exposé à des risques s'il est renvoyé en Iran — Même si on suppose qu'une personne qui a rejeté l'Islam et qui est obligée de retourner en Iran ne fera aucune mention de ce rejet, cette personne pourrait faire l'objet de persécution si les circonstances étaient telles que les autorités de l'État apprenaient qu'elle a rejeté l'Islam — L'agent d'ERAR n'a pas pris ce risque en compte — En conséquence, l'omission de l'agent de tenir compte du critère pertinent concernant le risque de persécution ou le risque que le demandeur devienne une personne à protéger constituait une erreur susceptible de révision — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a pre-removal risk assessment officer's decision concluding that the applicant was not described in section 96 or paragraph 97(1)(a) or (b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* and did not meet the definition of protected person. The applicant, Iranian, came to Canada where he claimed refugee status based on his political opinion supporting the Iranian People's Fedayeen (Majority) and his role in harbouring political fugitives. His claim was refused by the Immigration

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent d'examen des risques avant renvoi a conclu que le demandeur ne répondait pas à la description qui figure à l'article 96 ou aux alinéas 97(1)a) ou b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et qu'il ne répondait pas à la définition de personne à protéger. Le demandeur, un Iranien, est arrivé au Canada, où il a demandé l'asile en raison de ses opinions politiques car il a appuyé l'organisation de la majorité populaire iranienne des

and Refugee Board based on the applicant's lack of credibility. In his pre-removal risk assessment (PRRA) application, the applicant included a new risk based on the fact that he had rejected Islam since coming to Canada and considered himself to be agnostic. Apart from his political opinions, the applicant feared the treatment that might await him if he were returned to Iran on the basis of this rejection. The PRRA officer stated that there was insufficient evidence that the applicant would be brought to the attention of authorities and that the applicant had not provided evidence that he would be compelled to bring his abandonment of Islam to the attention of authorities upon returning to Iran.

The main issue was whether the PRRA officer misstated the issue regarding the applicant's rejection of Islam when the officer described the test as whether the applicant's renunciation of Islam would be brought to the attention of the authorities and whether the applicant would be compelled to bring this fact to the attention of authorities in Iran. A secondary issue was whether the officer erred by applying for the purposes of section 96 of the Act a test of whether the applicant would be persecuted if his abandonment of Islam came to the attention of the authorities rather than applying the lower threshold of whether there was a "serious possibility" that he would be persecuted.

Held, the application should be allowed.

There could be no question that a citizen of a country like Iran who rejects Islam, whether or not he or she adopts another religion, is put at risk if required to return to Iran. Even assuming that an individual who has rejected Islam, if required to return to Iran, will remain discreetly silent on that rejection, that person may well remain at risk of persecution if the circumstances are such that that person's rejection of Islam might come to the attention of state authorities. That risk was simply not addressed by the officer on the facts of this matter. Therefore, the officer's failure to address the appropriate test or issue regarding the risk of persecution or risk resulting in the applicant being a person in need of protection as described in section 97 of the Act constituted a reviewable error.

Given the conclusion on the first issue, there was no need to address the second issue regarding the threshold of risk under section 96 of the Act. Nevertheless, it was briefly stated that if a PRRA officer expresses having "serious doubts" on an applicant's alleged fear of persecution, the whole of the decision and the context within which those words appear must be examined. They refer to whether an applicant has

fedayins et a joué un rôle dans l'hébergement de fugitifs politiques. La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté sa demande, ayant estimé qu'il n'était pas crédible. Dans sa demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR), le demandeur a fait mention d'un nouveau risque, soit qu'il avait rejeté l'Islam depuis son arrivée au Canada et qu'il se considérait comme étant agnostique. Outre ses opinions politiques, le demandeur craignait le traitement qui pourrait lui être réservé s'il était renvoyé en Iran en raison de ce rejet. L'agent d'ERAR a déclaré qu'il n'y avait pas assez de preuve démontrant que le demandeur attirerait l'attention des autorités et que le demandeur n'avait soumis aucune preuve indiquant qu'il serait contraint de faire part de son délaissement de l'Islam aux autorités à son retour en Iran.

La principale question en litige était celle de savoir si l'agent d'ERAR a mal formulé la question concernant le rejet de l'Islam par le demandeur lorsqu'il a décrit le critère comme étant la question de savoir si le demandeur et sa répudiation de l'Islam seraient portés à l'attention des autorités et s'il serait contraint de faire part de son délaissement de l'Islam aux autorités lors de son retour en Iran. À titre accessoire, la Cour devait trancher la question de savoir si l'agent a commis une erreur en appliquant, aux fins de l'article 96 de la Loi, un critère qui consiste à déterminer si le demandeur serait persécuté si son délaissement de l'Islam était porté à l'attention des autorités plutôt que le critère moins exigeant qui consiste à savoir s'il existe une « possibilité sérieuse » que le demandeur soit persécuté.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Il ne fait aucun doute qu'un citoyen d'un pays comme l'Iran qui rejette l'Islam, qu'il adhère ou non à une autre religion, est exposé à des risques s'il est obligé de retourner en Iran. Même si on suppose qu'une personne qui a rejeté l'Islam et qui est obligée de retourner en Iran ne fera aucune mention de ce rejet, cette personne pourrait faire l'objet de persécution si les circonstances étaient telles que les autorités de l'État apprenaient qu'elle a rejeté l'Islam. Ce risque, compte tenu des faits de l'espèce, n'a tout simplement pas été pris en compte par l'agent. En conséquence, l'omission de l'agent de tenir compte du critère ou de la question pertinent concernant le risque de persécution ou le risque que le demandeur devienne une personne à protéger au sens de l'article 97 de la Loi constituait une erreur susceptible de révision.

Compte tenu de la conclusion quant à la première question en litige, il n'était pas nécessaire de traiter la deuxième question relative au critère du risque prévu à l'article 96 de la Loi. Néanmoins, la Cour a dit brièvement que si un agent d'ERAR « doute grandement » de la prétendue crainte de persécution d'un demandeur, il doit tenir compte de la décision entière et du contexte dans lequel ces mots sont

met the legal criterion under section 96. They do not constitute a definition of the legal test to be applied thereunder.

employés. Ils se rapportent à la question de savoir si un demandeur a rempli le critère juridique prévu à l'article 96; ils ne constituent pas une définition du critère juridique qui doit être appliqué en vertu de cet article.

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. 2.

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 97.

CASES CITED

APPLIED:

Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance), 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522, 211 D.L.R. (4th) 193, 40 Admin. L.R. (3d) 1; *Mutangadura v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 298; *Prophète v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 31, 78 Imm. L.R. (3d) 163, 387 N.R. 149.

CONSIDERED:

Sadeghi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2002 FCT 1083; *Golesorkhi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 511; *Zhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1066; *Irripugge v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 3 Imm. L.R. (3d) 263, 182 F.T.R. 47 (F.C.T.D.); *Saiedy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1367; *Kazemian v. Canada (Solicitor General)*, 2004 FC 874; *Ghavidel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 939, 64 Imm. L.R. (3d) 278.

AUTHORS CITED

U.S. Department of State. *Country Reports on Human Rights Practices – 2007, Iran*. Washington: Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, March 11, 2008, online: <<http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2007/100595.htm>>.

APPLICATION for judicial review of a pre-removal risk assessment officer's decision concluding that the applicant was not described in section 96 or paragraph 97(1)(a) or (b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* and did not meet the definition of protected person. Application allowed.

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. 2.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 96, 97.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances), 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522; *Mutangadura c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 298; *Prophète c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 31.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Sadeghi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CFPI 1083; *Golesorkhi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 511; *Zhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 1066; *Irripugge c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 29 (1^{re} inst.) (QL); *Saiedy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1367; *Kazemian c. Canada (Solliciteur général)*, 2004 CF 874; *Ghavidel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 939.

DOCTRINE CITÉE

États-Unis. Department of State. *Country Reports on Human Rights Practices – 2007, Iran*. Washington : Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, 11 mars 2008, en ligne : <<http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2007/100595.htm>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent d'examen des risques avant renvoi a conclu que le demandeur ne répondait pas à la description qui figure à l'article 96 ou aux alinéas 97(1)(a) ou b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et qu'il ne répondait pas à la définition de personne à protéger. Demande accueillie.

APPEARANCES

Micheal T. Crane for applicant.
Stephen H. Gold for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Micheal T. Crane, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent

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

GIBSON J.:

Introduction

[1] These reasons follow the hearing of an application for judicial review of a decision of a pre-removal risk assessment [PRRA] officer (the officer) whereby the officer concluded:

I find that the applicant is not described in section 96 or paragraphs 97(1)(a) or (b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The applicant does not meet the definition of protected person and his application for protection is therefore not allowed.

The decision under review is dated June 23, 2008.

Preliminary matter

[2] At the hearing of this application, the Court and counsel for the applicant engaged in a discussion of whether it would be appropriate and in the best interests of justice to delete from these reasons and the Court's order flowing from these reasons all personal identifiers with respect to the applicant given the time that he or she has been absent from his or her country of citizenship and given certain of his or her activities during that period. Counsel for the applicant requested an opportunity following the hearing to consult with his client and to provide appropriate representations in writing to the Court with a copy of those representations going to counsel for the respondent. The basis of the

ONT COMPARU

Micheal T. Crane pour le demandeur.
Stephen H. Gold pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Micheal T. Crane, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE GIBSON :

Introduction

[1] Les présents motifs font suite à l'audition d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un agent d'examen des risques avant renvoi [d'ERAR] (l'agent) par laquelle celui-ci a conclu ce qui suit :

[TRADUCTION] Je conclus que le demandeur ne répond pas à la description qui figure à l'article 96 ou aux alinéas 97(1)a) ou b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Le demandeur ne répond pas à la définition de personne à protéger et sa demande est donc rejetée.

La décision faisant l'objet du présent contrôle est datée du 23 juin 2008.

La question préliminaire

[2] Lors de l'audition de la présente demande, la Cour et l'avocat du demandeur ont discuté de la question de savoir s'il conviendrait et s'il serait dans le meilleur intérêt de la justice de supprimer des présents motifs ainsi que de l'ordonnance de la Cour découlant des présents motifs tous les éléments permettant d'identifier le demandeur ou la demanderesse compte tenu du temps qu'il ou qu'elle a passé à l'extérieur de son pays de citoyenneté et compte tenu de certaines des activités auxquelles il ou elle s'est adonné au cours de cette période. L'avocat du demandeur a demandé l'autorisation de consulter son client après l'audition et de formuler des observations écrites appropriées à la Cour dont copie

applicant's concern will become apparent from a review of later paragraphs of these reasons. In the result, at the close of hearing, decision was reserved and time was provided for counsel to consult with his client and to provide representations to the Court. Counsel for the respondent was, of course, provided with an opportunity to respond to any such representations.

[3] In due course, counsel for the applicant provided written representations requesting that the Court "sanitize" its reasons so as not to disclose the applicant's identity. In the same representations, counsel indicated that he was not seeking to have the Court file sealed. His concern rather was with the practice of the Court to publish reasons such as these on its Web site, thus making them readily accessible and identifiable with the applicant if the applicant's name and other personal identifiers appear on the face of the reasons. Counsel for the respondent advised the Court that he took no position on the request.

[4] In *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*,¹ Justice Iacobucci, for the Supreme Court of Canada, wrote at paragraph 53 of his reasons:

Applying the rights and interests engaged in this case to the analytical framework of *Dagenais* and subsequent cases discussed above, the test for whether a confidentiality order ought to be granted in a case such as this one should be framed as follows:

A confidentiality order under Rule 151 should only be granted when:

- (a) such an order is necessary in order to prevent a serious risk to an important interest, including a commercial interest, in the context of litigation because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and
- (b) the salutary effects of the confidentiality order, including the effects on the right of civil litigants to a fair trial, outweigh its deleterious effects, including the effects on the right to free expression, which in this context includes the public interest in open and accessible court proceedings.

serait envoyée à l'avocat du défendeur. Le fondement de la préoccupation du demandeur ressortira à l'examen des paragraphes subséquents des présents motifs. Par conséquent, à la fin de l'audience, le prononcé de la décision a été remis à plus tard et on a accordé un délai à l'avocat pour qu'il puisse consulter son client et formuler des observations à la Cour. L'avocat du défendeur a évidemment eu la possibilité de répondre à ces observations.

[3] L'avocat du demandeur a présenté des observations écrites à la Cour dans lesquelles il lui a demandé d'« édulcorer » ses motifs de manière à ne pas révéler l'identité du demandeur. Dans les mêmes observations, l'avocat a mentionné qu'il ne demandait pas que le dossier de la Cour soit mis sous scellés. Il était plutôt préoccupé par la pratique de la Cour qui consiste à publier sur son site Web des motifs comme ceux en question, les rendant ainsi facilement accessibles et permettant à quiconque de constater tout de suite qu'ils ont trait au demandeur car le nom et les autres renseignements personnels du demandeur figurent dans les motifs. L'avocat du défendeur a informé la Cour qu'il n'a pris aucune position quant à la demande formulée par l'avocat du demandeur.

[4] Dans l'arrêt *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*¹, le juge Iacobucci, au nom de la Cour suprême du Canada, a écrit ce qui suit au paragraphe 53 de ses motifs :

Pour appliquer aux droits et intérêts en jeu en l'espèce l'analyse de *Dagenais* et des arrêts subséquents précités, il convient d'énoncer de la façon suivante les conditions applicables à une ordonnance de confidentialité dans un cas comme l'espèce :

Une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 ne doit être rendue que si :

- a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour un intérêt important, y compris un intérêt commercial, dans le contexte d'un litige, en l'absence d'autres options raisonnables pour écarter ce risque;
- b) ses effets bénéfiques, y compris ses effets sur le droit des justiciables civils à un procès équitable, l'emportent sur ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté d'expression qui, dans ce contexte, comprend l'intérêt du public dans la publicité des débats judiciaires.

[5] Applying the foregoing test to the facts of this matter, particularly in light of the position taken by counsel for the respondent, I am satisfied that the salutary effects of modifying these reasons to delete personal identifiers of the applicant outweigh its deleterious effects, including the public interest in open and accessible court proceedings. In the result, without formal order of the Court, the applicant is identified in the style of cause on these reasons and in the order that will reflect the outcome from these reasons simply as “A. B.” and other consequential changes have been made throughout the reasons and will be made, if required, in the Court’s order. Masculine pronouns will be used throughout the balance of these reasons. That use is for convenience and readability only, and is not intended to reflect the gender of the applicant.

Background

[6] The applicant filed only a very brief and non-substantive affidavit on this application for judicial review. That being said, he annexed to that affidavit “a copy of the documents filed on the PRRA application”. He attested that his fears if he were faced with having to return to his country of nationality, Iran, remain essentially the same as those expressed in the documents filed on his PRRA application. The factual background that follows is essentially not in dispute.

[7] The applicant is a national of Iran. He fled Iran and arrived in Canada in July 1997. He claimed Convention refugee status against Iran based on his political opinion as demonstrated by his support for the Iranian People’s Fedayeen (Majority) and his role in harbouring political fugitives. The Convention Refugee Determination Division (the CRDD) of the Immigration and Refugee Board rejected the applicant’s claim. It found the applicant not to be credible.

[5] Après avoir appliqué le critère susmentionné aux faits de l’espèce, compte tenu notamment de la position adoptée par le défendeur, je suis convaincu que les effets bénéfiques de la suppression, des présents motifs, des éléments permettant d’identifier le demandeur l’emportent sur les effets préjudiciables, y compris les effets sur l’intérêt du public dans la publicité des débats. Par conséquent, sans ordonnance officielle de la Cour, le nom du demandeur sera mentionné dans l’intitulé des présents motifs ainsi que dans l’ordonnance qui traduit l’issue des présents motifs sous les seules initiales « A. B. ». Les autres modifications qui découlent de cette mesure ont été apportées dans l’ensemble des motifs et, si nécessaire, seront apportées dans l’ordonnance de la Cour. Des pronoms masculins seront utilisés dans le reste des présents motifs, et ce, uniquement pour des raisons de commodité et de facilité de lecture. Cette façon de procéder n’a rien à voir avec le sexe du demandeur.

L’historique

[6] L’affidavit que le demandeur a déposé dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire était très court et manquait de fond. Cela dit, il a joint à cet affidavit [TRADUCTION] « une copie des documents déposés dans le cadre de la demande d’ERAR ». Il a déclaré que ses craintes de retourner dans le pays de sa nationalité, l’Iran, sont essentiellement les mêmes que celles qui sont mentionnées dans les documents déposés dans le cadre de sa demande d’ERAR. Le contexte factuel qui suit est, pour l’essentiel, incontesté.

[7] Le demandeur est un ressortissant iranien. Il s’est enfui de l’Iran et il est arrivé au Canada en juillet 1997. Il a demandé l’asile en raison de ses opinions politiques car il appuie le Fedayin-e-Khalq (organisation de la majorité populaire iranienne des fedayins) et car il a joué un rôle dans l’hébergement de fugitifs politiques. La Section du statut de réfugié de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la SSR) a rejeté la demande du demandeur. Elle a conclu que celui-ci n’était pas crédible.

[8] The applicant asserted one new risk on his PRRA application. In a solemn declaration filed on that application, he declared:

I have rejected Islam since I came to Canada.

I consider myself to be agnostic at least although by some definitions I would be atheist.

[9] In submissions covering the applicant's PRRA application, the applicant's then representative wrote:

The issue of [the applicant's] abandoning Islam is more complex. This transformation has taken place gradually over ten years in Canada. [The applicant] has not been near a mosque in years. [The applicant] is an apostate or heretic in the eyes of the fanatic clerics who control Iran. Setting aside the first issue [the applicant's fear based on his alleged political opinion and his further allegation that his testimony in that regard was credible] the question becomes, what treatment might [the applicant] expect in Iran as someone who has rejected Islam?

The decision under review

[10] The officer very succinctly disposes of the first issue before him or her, that is to say the applicant's fear based upon his alleged political opinion. The officer writes:

The Federal Court in *Kaybaki* has stated, the PRRA application cannot be allowed to become a second refugee hearing. The PRRA Process is to assess new risk developments between the hearing and the removal date.

As the applicant does not provide any additional information on [the applicant's] circumstances as they relate to the above noted risk, nor does [the applicant] submit any additional evidence that [the applicant] is personally at risk because of [the applicant's] political opinion, I find that the applicant does not face more than a mere possibility of persecution for the above noted risk. With respect to s.97, based on the evidence submitted I do not find it likely that the applicant would face a

[8] Le demandeur a fait mention d'un nouveau risque dans sa demande d'ERAR. Dans une déclaration solennelle déposée dans le cadre de cette demande, il a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] J'ai rejeté l'Islam depuis que je suis arrivé au Canada.

Je me considère comme étant, à tout le moins, agnostique, quoique, selon certaines définitions, je serais athée.

[9] Dans des allégations portant sur la demande d'ERAR du demandeur, le représentant du demandeur à l'époque a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] La question de [nom du demandeur] qui a rejeté l'Islam est plus complexe. Cette transformation s'est produite graduellement, au Canada, pendant une période de dix ans. [nom du demandeur] n'est pas allé dans une mosquée depuis des années. [nom du demandeur] est un apostat ou un hérétique aux yeux des religieux fanatiques qui contrôlent l'Iran. Si on met de côté la première question [la crainte du demandeur fondée sur ses prétendues opinions politiques et son allégation que son témoignage à cet égard était crédible] la question consiste alors à savoir à quel traitement [nom du demandeur] peut-il s'attendre à recevoir en Iran à titre de personne qui a rejeté l'Islam?

La décision faisant l'objet du présent contrôle

[10] L'agent a tranché de façon très succincte la première question dont il a été saisi, c'est-à-dire la crainte du demandeur fondée sur ses prétendues opinions politiques. L'agent a écrit ce qui suit quant à cette question :

[TRADUCTION] La Cour fédérale, dans *Kaybaki*, a déclaré que la procédure d'évaluation du risque avant renvoi ne saurait se transformer en une seconde audience de statut de réfugié. Cette procédure a pour objet d'évaluer les nouveaux risques pouvant surgir entre l'audience [de la CISR] et la date du renvoi.

Comme le demandeur ne fournit aucun renseignement supplémentaire sur la question de savoir en quoi sa situation est liée au risque susmentionné et comme il ne soumet aucune preuve additionnelle selon laquelle est exposé à un risque personnel en raison de ses opinions politiques, je conclus qu'il n'existe qu'une simple possibilité que le demandeur soit persécuté eu égard au risque susmentionné. En ce qui concerne l'article 97, compte tenu de la preuve soumise, je ne crois pas

risk of torture, risk to life, or risk of cruel and unusual treatment or punishment in Iran. [Citation omitted.]

[11] The officer disposes of the second issue before him or her, that is to say the applicant's new risk based upon his rejection of Islam since coming to Canada, almost equally succinctly. He or she writes:

While I acknowledge the documentary evidence presented by the applicant indicating that Christian leaders and activists have been detained and questioned by Iranian authorities, the applicant does not indicate that [the applicant's] is a religious activist or a leader.

I have read and considered the documentary evidence provided by the applicant. The articles are from various online sources and concern conditions on apostasy in Iran. The applicant also provides broad-based human rights conditions articles from the Department of State. While acknowledging that the Government of Iran harasses and sometimes persecutes apostates, as well as other faith communities such as the Baha'i and that Iran does not ensure the right of its citizens to change their faith and that apostasy (conversion from Islam) can be punishable by death, I have insufficient evidence that the applicant would be brought to the attention of authorities. While I acknowledge [the applicant's] statement that [the applicant] is "for sure agnostic, possibly atheist", the applicant has not provided evidence indicating that [the applicant] would be compelled to bring [the applicant's] abandonment of Islam to the attention of authorities upon returning to Iran.

While I do acknowledge documentary evidence of Iran's poor human rights record, I do not find there is more than a mere possibility the applicant would face a risk of persecution on any of the Convention grounds. I find it unlikely [the applicant] would face a risk to life, of torture or a risk of cruel and unusual treatment or punishment from Iranian authorities. [Emphasis added.]

As noted, I have added emphasis in the second paragraph of the foregoing quotation. Of particular note is the officer's approach demonstrated by his or her use of the phrase "[the applicant] would be compelled to bring".

qu'il est probable que le demandeur serait soumis à la torture ou à une menace pour sa vie ou à un risque de subir des traitements ou peines cruels et inusités à son retour en Iran. [Renvoi omis.]

[11] L'agent a tranché de manière presque aussi succincte la deuxième question qui lui a été soumise, c'est-à-dire le nouveau risque invoqué par le demandeur; le risque constitué par son rejet de l'Islam depuis qu'il est arrivé au Canada. L'agent a écrit ce qui suit quant à cette question :

[TRADUCTION] Même si je prends note de la preuve documentaire présentée par le demandeur qui mentionne que des chefs spirituels et des militants chrétiens ont été détenus et interrogés par les autorités iraniennes, le demandeur ne mentionne pas qu'il est un militant ou un chef spirituel religieux.

J'ai lu et examiné la preuve documentaire présentée par le demandeur. Les articles soumis dans cette preuve proviennent de diverses sources en ligne et portent sur la situation de l'apostasie en Iran. Le demandeur soumet également des articles émanant du Département d'État qui dressent un portrait général de la situation des droits de la personne. Même si je reconnais que le gouvernement de l'Iran harcèle et persécute parfois des apostats ainsi que d'autres groupes confessionnels comme les adeptes du Baha'i et que l'Iran ne garantit pas le droit de ses citoyens à changer de religion et que l'apostasie (le rejet de l'Islam) est passible de la peine capitale, la preuve ne suffit pas à me convaincre que le demandeur attirerait l'attention des autorités. Même si je reconnais la déclaration du demandeur selon laquelle « [il est], chose certaine, agnostique, peut-être athée », celui-ci n'a soumis aucune preuve indiquant qu'il serait contraint de faire part de son délaissement de l'Islam aux autorités lors de son retour en Iran.

Même si je prends acte de la preuve documentaire portant sur le mauvais dossier de l'Iran en matière de droits de la personne, je ne crois pas qu'il est probable que le demandeur serait exposé à un risque de persécution pour l'un quelconque des motifs prévus par la Convention. J'estime qu'il est peu probable que le demandeur soit exposé à une menace à sa vie ou à un risque de torture ou de traitements ou peines cruels et inusités aux mains des autorités iraniennes. [Non souligné dans l'original.]

Comme je l'ai mentionné, j'ai souligné une partie du deuxième paragraphe de la citation qui précède. Il convient de souligner la formule employée par l'agent dans la phrase « [le demandeur] serait contraint de faire part ».

The issues

[12] The officer's summary disposition with regard to the applicant's claim based upon political opinion was not in dispute on this application for judicial review. Counsel for the applicant urges that the officer misstated the issue before him or her regarding the applicant's rejection of Islam when he or she described the test or issue as whether the applicant and his renunciation of Islam would be brought to the attention of the authorities and whether he would be compelled to bring his abandonment of Islam to the attention of authorities in Iran. Counsel urges that the test or issue is not one of the applicant's willingness or capacity to remain discreet but rather is whether or not the applicant's abandonment of Islam is likely to come to the attention of Iranian authorities by whatever means including inquiries or investigations by or on behalf of those authorities. Counsel urges that decisions of this Court on this test or issue reflect divided opinion, that the latter statement of the test or issue is correct and the officer's adoption of the first version of the test or issue constitutes a reviewable error.

[13] As a secondary issue, counsel for the applicant urges that the officer erred in a reviewable manner in applying, for the purposes of section 96 of the *Immigration and Refugee Protection Act*,² a test of whether or not the applicant would be persecuted if his abandonment of Islam came to the attention of authorities rather than the lower threshold of whether there is a "serious possibility" that the applicant would be persecuted.

Analysis

- (a) Would be brought to the attention or compelled versus come to be known to Iranian authorities

[14] Counsel for the applicant referred me first to *Sadeghi v. Canada (Minister of Citizenship and*

Les questions en litige

[12] La décision sommaire rendue par l'agent concernant la demande du demandeur fondée sur ses opinions politiques n'a pas été contestée dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire. L'avocat du demandeur insiste sur le fait que l'agent a mal formulé la question dont il était saisi concernant le rejet de l'Islam par le demandeur lorsqu'il a décrit le critère ou la question comme étant la question de savoir si le demandeur et sa répudiation de l'Islam seraient portés à l'attention des autorités et s'il serait contraint de faire part de son délaissement de l'Islam aux autorités lors de son retour en Iran. L'avocat insiste sur le fait que le critère ou la question en litige ne porte pas sur la volonté ou la capacité du demandeur à faire preuve de discrétion mais plutôt sur la question de savoir si son délaissement de l'Islam est susceptible, d'une manière ou d'une autre, d'être porté à l'attention des autorités iraniennes et d'occasionner la tenue d'enquêtes par celles-ci ou au nom de celles-ci. L'avocat insiste sur le fait que les décisions de la Cour portant sur ce critère ou sur cette question traduisent des opinions partagées, que le dernier énoncé du critère ou de la question est juste et que l'adoption par l'agent de la première version du critère ou de la question constitue une erreur susceptible de révision.

[13] À titre accessoire, l'avocat du demandeur insiste sur le fait que l'agent a commis une erreur susceptible de contrôle en appliquant, aux fins de l'article 96 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*,² un critère qui consiste à déterminer si le demandeur serait persécuté si son délaissement de l'Islam était porté à l'attention des autorités plutôt que le critère moins exigeant qui consiste à savoir s'il existe une « possibilité sérieuse » que le demandeur soit persécuté.

L'analyse

- a) Le demandeur attirerait l'attention ou serait contraint de faire part de son délaissement plutôt que les autorités iraniennes apprendraient

[14] L'avocat du demandeur m'a d'abord renvoyé à la décision *Sadeghi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté*

Immigration)³ where Justice Rouleau had before him a judicial review of a decision of the CRDD concerning a 37-year-old citizen of Iran. One of the issues before Justice Rouleau was framed in the following terms [at paragraph 11]:

1) Whether the CRDD misconstrued the foundation of the Applicant's claim by considering that the Applicant's religious commitment to Christianity was central to his fear of persecution on religious grounds rather than the fact of his conversion to Christianity and how this would be perceived by the authorities in Iran.

Justice Rouleau commented at paragraph 17 of his reasons:

It appears from the CRDD's reasons that the panel considered the degree of the applicant's religious commitment to Christianity as central to its analysis of whether his fear of persecution on religious grounds is well founded.

Justice Rouleau quotes at length from the CRDD's reasons concluding the quotation with the following paragraph [at paragraph 17]:

So for all these reasons, the claimant is shown not to be a credible witness and to have failed to present a credible claim of feared persecution from Iran, a country he left about 19 years ago. The claimant has not shown that he has taken up the practice of the Christian faith since he has arrived in Canada in such a way as to persuade me that that is the faith he would follow if he returned to Iran. [Emphasis in both of the foregoing quotes is Justice Rouleau's.]

[15] Justice Rouleau concludes with respect to the last-quoted paragraph from the CRDD's reasons [at paragraph 18]:

With respect, the panel is mistaken. The question is not whether the applicant is so deeply committed to Christianity that he would, if he were to return to Iran, practice that religion there at risk of receiving the attention of the authorities. Rather, the central issue to the well-foundedness of the applicant's fear of persecution on religious grounds is the fact of his conversion to Christianity and the attitude of the Iranian government, the putative persecutor, should his conversion come to be known to the Iranian authorities. Indeed, the consequences for the applicant if his conversion to the Christian faith were known by the Iranian authorities are very serious. The documentary evidence tendered at the hearing makes it very clear that apostasy is a serious crime in Iran and may be punishable by death. The CRDD panel utterly failed to address this question

et de l'Immigration)³ dans laquelle le juge Rouleau était saisi du contrôle judiciaire d'une décision de la SSR concernant un citoyen de l'Iran âgé de 37 ans. L'une des questions dont le juge Rouleau a été saisi était formulée de la façon suivante [au paragraphe 11] :

1) Le tribunal de la SSR a-t-il mal interprété le fondement de la revendication du demandeur en considérant que c'est l'adhésion de ce dernier à la foi chrétienne qui est déterminante dans sa crainte d'être persécuté en raison de sa religion plutôt que sa conversion au christianisme et la perception que les autorités iraniennes en auraient?

Le juge Rouleau a déclaré ce qui suit au paragraphe 17 de ses motifs :

Il ressort des motifs du tribunal de la SSR que celui-ci a considéré le degré d'engagement du demandeur envers la foi chrétienne comme essentiel à son analyse de la question de savoir si ce dernier craint avec raison d'être persécuté en raison de sa religion.

Le juge Rouleau renvoie à de longs extraits des motifs de la SSR et termine son renvoi par le paragraphe suivant [au paragraphe 17] :

Pour tous les motifs ci-dessus, je conclus que le revendicateur n'est pas un témoin crédible et qu'il n'a pas réussi à soutenir de manière crédible son allégation de crainte de persécution en Iran, un pays qu'il a quitté il y a 19 ans. Le revendicateur n'a pas démontré qu'il pratique la foi chrétienne depuis son arrivée au Canada de telle sorte qu'il puisse me persuader que c'est la foi qu'il pratiquerait s'il retournait en Iran. [Non souligné dans l'original.]

[15] Le juge Rouleau conclut ce qui suit au sujet du dernier paragraphe extrait des motifs de la SSR [au paragraphe 18] :

Avec égards, le tribunal s'est trompé. La question n'est pas de savoir si le demandeur est à ce point imprégné de la foi chrétienne que, s'il retournait en Iran, il pratiquerait cette religion là-bas au risque d'attirer l'attention des autorités. Au contraire, la principale question qui sous-tend le bien-fondé de la crainte de persécution du demandeur en raison de sa religion est liée à sa conversion au christianisme et à l'attitude qu'aura le gouvernement iranien, le persécuteur putatif, si ce dernier est informé de sa conversion. En effet, les conséquences seront très graves pour le demandeur si sa conversion au christianisme est connue des autorités iraniennes. La preuve documentaire soumise à l'audience a clairement établi que l'apostasie est un crime grave en Iran, passible de la peine capitale. Le tribunal de la SSR a complètement ignoré cette question et ne semble

and does not seem even to have recognized that the problem existed in Iran. In my view, the panel clearly exaggerated the import of a few apparent implausibilities which it succeeded in detecting in the testimony of the applicant, and this caused it to forget the substance of the facts on which the applicant based his claim. Consequently, the panel erred in failing to ask itself a question that was crucial to the decision that it reached. [Emphasis added.]

[16] On this basis alone, Justice Rouleau allowed the application for judicial review that was before him.

[17] Counsel for the applicant took me to the U.S. Department of State *Country Reports on Human Rights Practices – 2007, Iran* dealing with the Islamic Republic of Iran and released on March 11, 2008. In that document [at page 23], which was before the officer, the following appears:⁴

Citizens returning from abroad occasionally were subjected to searches and extensive questioning by government authorities for evidence of antigovernment activities abroad. Recorded and printed material, personal correspondence and photographs were subject to confiscation.

Counsel noted that the applicant had been absent from Iran and in Canada for close to 12 years and urged that it would not be unreasonable to assume that the applicant might well be closely examined if he were required to return to Iran after such a protracted absence in Canada. Indeed, counsel acknowledged, given the openness of this Court and, in particular, the extensive postings on its Web site, it is not beyond the realm of possibility that independent inquiries could be pursued to determine, or to confirm, the reason for the applicant's return, thus raising the possibility that the applicant's renunciation of Islam might conceivably come to the attention of Iranian authorities.

[18] Justice Phelan recently arrived at a conclusion similar to that of Justice Rouleau, in *Sadeghi*, above, in *Golesorkhi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*⁵ where he wrote at paragraphs 17 and 18:

Lastly, the Applicant argues that the decision is unreasonable. A critical component of this argument is the finding of the Officer that the Applicant would not go to church once he was

même pas avoir reconnu l'existence de ce problème en Iran. À mon avis, le tribunal a nettement surestimé l'importance de quelques faits invraisemblables qu'il a réussi à faire ressortir du témoignage du demandeur, ce qui lui a fait oublier la quintessence des faits qui sous-tendent la revendication du demandeur. En conséquence, le tribunal a commis une erreur en ignorant complètement une question essentielle à la décision rendue. [Non souligné dans l'original.]

[16] Sur ce seul fondement, le juge Rouleau a accueilli la demande de contrôle judiciaire dont il était saisi.

[17] L'avocat du demandeur m'a renvoyé au Rapport du Département d'État des États-Unis du 11 mars 2008 [*Country Reports on Human Rights Practice – 2007, Iran*] sur la situation des droits de la personne en République islamique d'Iran. Dans ce document, qui a été soumis à l'agent, on peut lire ce qui suit⁴ :

[TRADUCTION] Des nationaux revenant de l'étranger ont parfois été soumis à des fouilles et à des interrogatoires serrés de la part des autorités gouvernementales, en quête de preuves d'activités antigouvernementales menées à l'étranger. Des enregistrements et des imprimés, des lettres personnelles et des photographies ont été confisqués.

L'avocat a souligné que le demandeur est absent de l'Iran et vit au Canada depuis près de 12 ans et il a insisté sur le fait qu'on peut raisonnablement supposer que le demandeur pourrait faire l'objet d'un examen serré s'il devait retourner en Iran après un si long séjour au Canada. En effet, l'avocat a reconnu que, compte tenu de la transparence des procédures de la Cour et compte tenu, notamment, des nombreux documents qui sont affichés sur son site Web, il n'est pas inconcevable que des enquêtes indépendantes soient tenues afin de déterminer ou de confirmer la raison du retour du demandeur, ce qui ouvre la porte à la possibilité que le délaissement de l'Islam par le demandeur soit porté à l'attention des autorités iraniennes.

[18] Récemment, dans la décision *Golesorkhi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*⁵, le juge Phelan a tiré une conclusion semblable à celle tirée par le juge Rouleau dans la décision *Sadeghi*, précitée. Il a écrit ce qui suit aux paragraphes 17 et 18 :

En dernier lieu, le demandeur soutient que la décision est déraisonnable. Un élément essentiel de son argument repose sur la conclusion de l'agent selon laquelle le demandeur n'irait

in Iran and therefore his conversion would not be known and he would not suffer persecution.

If this was the principal reason for the decision of absence of risk, I would agree that the decision is legally infirmed. This “quiet Christian” analysis is flawed because religious persecution can exist where a claimant is prevented from practicing his religion due to fear. It is no answer to a claim of risk of religious persecution to say that there is no risk if one does not practise one’s religion or cannot practise it openly. [Citations omitted.]

This finding by Justice Phelan was not determinative on the facts before him because the PRRA officer there concluded that the applicant’s evidence simply failed to establish that the applicant was indeed a Christian. While Christianity is not the issue here, the applicant’s limited evidence that he had repudiated Islam was accepted by the officer.

[19] Counsel for the applicant urged that Justice Zinn reached a similar conclusion in *Zhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,⁶ relying on the same authorities as did Justice Phelan. I cannot agree. In that case, the Refugee Protection Division had held that the applicant’s appreciation of Christianity was so limited that her needs could be satisfied in a state-sanctioned church rather than with the underground Protestant church she claimed to follow. Justice Zinn rejected this proposition and concluded at paragraph 17 of his reasons:

This is not to suggest that the sincerity of a claimant’s religious conviction cannot be tested with reference to the claimant’s familiarity with the dogma or creed invoked. In my view, in this case, after accepting the sincerity of the Applicant’s conviction, the RPD erred when it went on to articulate a rather elaborate conception of religious freedom which entirely discounts the subjective aspect of religious belief in holding that the legitimacy of a person’s belief can and should be measured against his or her level of religious sophistication.

I am satisfied that this particular authority in no way supports the position urged on behalf of the applicant here.

pas à l’église une fois en Iran et, par conséquent, sa conversion ne serait pas connue et il ne serait pas persécuté.

S’il s’agissait là de la principale raison ayant mené à la conclusion d’absence de risque, je conviendrais que la décision est juridiquement mal fondée. Cette analyse fondée sur le [TRADUCTION] « chrétien discret » est viciée parce que la persécution religieuse peut exister du fait qu’un demandeur d’asile ne peut pratiquer sa religion en raison de ses craintes. On ne peut pas réfuter une allégation de risque de persécution religieuse en déclarant qu’il n’y a pas de risque si une personne ne pratique pas sa religion ou ne peut pas la pratiquer ouvertement. [Renvois omis.]

Cette conclusion tirée par le juge Phelan n’était pas déterminante compte tenu des faits dont il était saisi parce que l’agent d’ERAR en question dans cette affaire avait conclu que le témoignage du demandeur n’avait tout simplement pas permis d’établir qu’il était vraiment chrétien. Même si l’appartenance au christianisme n’est pas une question en litige en l’espèce, la preuve tenue soumise par le demandeur selon laquelle il aurait rejeté l’Islam a été acceptée par l’agent.

[19] L’avocat du demandeur a insisté sur le fait que le juge Zinn, s’appuyant sur la même jurisprudence que le juge Phelan, a tiré une conclusion semblable dans *Zhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*⁶. Je ne souscris pas à cette affirmation. Dans cette affaire, la Section de la protection des réfugiés avait conclu que la compréhension par Zhu de la doctrine chrétienne n’était pas assez poussée pour qu’elle ait une raison valable de préférer une église protestante clandestine à une église approuvée par l’État. Le juge Zinn a rejeté cet argument et a conclu ce qui suit au paragraphe 17 de ses motifs :

Cela ne veut pas dire que la sincérité de la conviction religieuse du demandeur ne peut être évaluée au regard de sa bonne connaissance du dogme ou de la croyance invoqué. À mon avis, en l’espèce, après avoir accepté la sincérité de la conviction de la demanderesse, la SPR a commis une erreur lorsqu’elle a ensuite exprimé une conception plutôt complexe de la liberté de religion, conception qui rejetait entièrement l’aspect subjectif des croyances religieuses, en jugeant que la légitimité des croyances d’une personne pouvait et devait être évaluée en fonction de son niveau de connaissances religieuses

Je suis convaincu que cette décision n’étaye en aucune façon l’argument invoqué au nom du demandeur en l’espèce.

[20] Of greater similarity to the test or issue enunciated in *Sadeghi*, above, and *Golesorkhi*, above, are the following excerpts from the decision of Justice Sharlow, then of the Trial Division of the Federal Court of Canada, in *Irripugge v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*⁷ where she wrote at paragraphs 50, 52 and 53 of her reasons:

Counsel for Mr. Qiu interprets the CRDD's statement as an expression of a general principle that a person who is forced to worship in secret or risk arrest is not subject to persecution on the basis of religion. . . .

...

Counsel for the Crown argued that Mr. Qiu's evidence did not establish, as a matter of fact, that his right to practice his religion had been interfered with. He notes that Mr. Qiu had never been arrested or even threatened with arrest, and that Mr. Qiu did not indicate expressly that he was not content to worship in secret with his family.

That is an incomplete description of Mr. Qiu's evidence. Mr. Qiu said that he has not been arrested because the authorities are unaware of his religious practices, and that he and his family have adopted the practice of worshipping in secret in order to avoid arrest. Mr. Qiu was not asked directly whether he would have worshipped publicly if he could, but he said that in Canada, he has attended church.

Here, of course, the issue is not risk of religious persecution flowing from secret or public practice of religion, but rather risk of persecution should the Government of Iran become aware of the applicant's rejection of Islam without choosing to adopt the practice, whether secretly or publicly, of an alternative religion.

[21] Counsel for the applicant cites the following authorities from this Court which he urges adopt a narrower concept of religious freedom. In *Saiedy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,⁸ Madam Justice Gauthier wrote at paragraph 28 of her reasons:

In effect, the RPD concluded, based on Mr. Saiedy's testimony, that if he were to return to Iran, he would be discreet about his conversion and would therefore be of no interest to the authorities. According to the RPD, although the documentary evidence indicates that a Muslim who commits apostasy in Iran faces serious consequences in theory because

[20] Les extraits suivants tirés de la décision rendue par la juge Sharlow, maintenant juge à la Cour d'appel fédérale du Canada, dans *Irripugge c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*⁷ se rapprochent beaucoup plus du critère ou de la question énoncée dans la décision *Sadeghi*, précitée, et dans la décision *Golesorkhi*, précitée. La juge Sharlow a écrit ce qui suit aux paragraphes 50, 52 et 53 de ses motifs :

L'avocate de M. Qiu voit dans l'observation ci-dessus de la SSR l'énoncé du principe général que la personne qui est obligée de faire ses dévotions en secret sous peine d'arrestation n'est pas en proie à la persécution du fait de sa religion [...]

[...]

L'avocat du ministre soutient que M. Qiu n'a pas fait la preuve, par son témoignage, que dans les faits, il y a eu atteinte à son droit de pratiquer sa religion. Il note que M. Qiu n'avait jamais été arrêté ou menacé d'arrestation, et qu'il n'a pas expressément déclaré qu'il était malheureux d'avoir à faire ses dévotions en famille et en secret.

Il s'agit là d'une évocation tronquée du témoignage de M. Qiu. Il a déclaré qu'il n'avait pas été arrêté parce que les autorités n'étaient pas au courant de ses pratiques religieuses, et que sa famille et lui-même avaient dû se résigner à célébrer le culte en secret de peur d'être arrêtés. M. Qiu ne s'est pas vu poser la question directe de savoir s'il eût participé au culte en public s'il en avait la possibilité, mais il a fait savoir qu'au Canada, il est allé à l'église.

En l'espèce, évidemment, la question en litige n'est pas le risque de persécution religieuse découlant d'une pratique religieuse clandestine ou publique, mais plutôt du risque de persécution si le gouvernement de l'Iran apprend que le demandeur a rejeté l'Islam sans adhérer, secrètement ou publiquement, à une autre religion.

[21] L'avocat du demandeur renvoie aux décisions suivantes qui ont été rendues par la Cour et qui, insiste-t-il, adoptent une conception plus étroite de la liberté religieuse. Dans la décision *Saiedy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*⁸, la juge Gauthier a écrit ce qui suit au paragraphe 28 de ses motifs :

En fait, la SPR a conclu, eu égard au témoignage de M. Saiedy, que s'il devait retourner en Iran, il serait discret au sujet de sa conversion et que les autorités ne s'intéresseraient donc pas à lui. Selon la SPR, même si la preuve documentaire révèle qu'un musulman iranien accusé d'apostasie fait face, en théorie, à des conséquences graves puisque, en vertu de la loi,

by law apostasy carries a death sentence, the evidence with respect to the de facto treatment of Iranians accused of apostasy is not that clear. The RPD found that it would certainly be dangerous for a person to carry a baptismal certificate inside Iran as proof of Christian conversion. It also concluded, however, that ordinary converts to Christianity who are discreet about their faith, are of no interest to the authorities, even if they can expect to experience some social and cultural ostracism.

[22] Justice Gauthier upheld the RPD decision that was the subject of the judicial review before her. In essence then, I conclude that she adopted the “refrains from making known or publicizing” approach or test rather than the “might become known to Iranian authorities” approach or test as adopted by Justices Rouleau and Phelan.

[23] To the same effect as *Saiedy*, above, counsel for the applicant urged, Justice von Finckenstein wrote at paragraph 12 of his reasons in *Kazemian v. Canada (Solicitor General)*:⁹

In light of the Applicant’s own description of his approach to religion, his past experience in Iran and the absence of any evidence that he intends to proselytise, I don’t see how it can be said that it is probable that he will be persecuted on the basis of his religion.

[24] Finally, in *Ghavidel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*¹⁰ Justice de Montigny, after citing *Saiedy*, above, and *Kazemian*, above, wrote at paragraphs 9 and 17 and 18 of his reasons:

On the second point, the Officer considered the evidence particular to the applicant, her own statements with respect to how she practices her faith, as well as her Pastor’s sworn statement as to her religious involvement. She found that Ms. Ghavidel does not fall within the recognized ambit or risk for Christian converts in Iran.

...

While it is no doubt true that the notions of proselytism and of being public about one’s faith may be differently interpreted in Iran and in Canada, the applicant provided at best limited evidence of active and overt manifestations of her new faith

l’apostasie est un crime dont l’auteur est passible de la peine de mort, la preuve concernant le traitement, en pratique, des Iraniens apostats n’est pas aussi claire. La SPR a conclu qu’il serait très certainement dangereux, en Iran, d’avoir sur soi un baptistaire prouvant sa conversion. Toutefois, elle a également conclu que les convertis ordinaires qui sont discrets au sujet de leur foi chrétienne n’intéressent nullement les autorités, même s’ils peuvent s’attendre à être victimes d’un certain ostracisme social et culturel.

[22] La juge Gauthier a confirmé la décision de la SPR qui faisait l’objet du contrôle judiciaire dont elle était saisie. Essentiellement, je conclus qu’elle a adopté l’approche ou le critère du « éviter de faire savoir ou de rendre public » plutôt que l’approche ou le critère du « pourrait être appris par les autorités iraniennes » qui a été adopté par les juges Rouleau et Phelan.

[23] Dans le même sens que la décision *Saiedy*, précitée, l’avocat du demandeur a invoqué la décision *Kazemian c. Canada (Solliciteur général)*⁹ dans laquelle le juge von Finckenstein a écrit ce qui suit au paragraphe 12 de ses motifs :

Vu la description qu’a donnée le demandeur quant à sa conception de la religion, l’expérience antérieure du demandeur en Iran et l’absence de toute preuve suivant laquelle le demandeur avait l’intention de faire du prosélytisme, je ne vois comment on peut dire qu’il est probable que le demandeur soit persécuté du fait de sa religion.

[24] Enfin, dans la décision *Ghavidel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*¹⁰, le juge de Montigny, après avoir renvoyé à *Saiedy*, précitée, et à *Kazemian*, précitée, a écrit ce qui suit aux paragraphes 9, 17 et 18 de ses motifs :

Pour ce qui est du second point, l’agente a apprécié les éléments de preuve propres à la demanderesse, ses déclarations personnelles sur la manière dont elle pratique sa religion, ainsi que la déclaration sous serment de son pasteur quant à l’engagement religieux qu’elle observe. Elle a conclu que M^{me} Ghavidel ne faisait pas partie du groupe de personnes converties au christianisme qui courent notoirement un risque en Iran.

[...]

Bien qu’il ne fasse aucun doute que les notions de prosélytisme et de faire connaître sa foi publiquement puissent être interprétées différemment en Iran et au Canada, la demanderesse a fourni, au mieux, des éléments de preuve

while in Canada. The only evidence provided to show that she shares her faith with others is the fact that she discussed Christianity with a neighbour. Similarly, she disputes the negative inference drawn by the Officer from the failure of the pastor to mention that the applicant would proselytize upon her return, and counters with the assumption that “for a pastor who is a member of an evangelical church, proselytizing is required to be a committed Christian”.

Nevertheless, the assumptions upon which the applicant relies are not supported by the evidence. The Officer’s failure to accept the assumptions of fact proposed by the applicant does not constitute a reviewable error. Indeed, the pastor says nothing about proselytizing activities in his affidavit, despite the details he gives about the applicant. It was not patently unreasonable for the Officer, on the basis of the evidence that was before her, to conclude that sharing one’s faith with neighbours does not imply the kind of activities that would put the applicant at risk in Iran, even when taking into consideration the dire situation of human rights in that country and the precarious fate of religious minorities and particularly of Muslim converts to Christianity.

[25] In general terms, counsel for the respondent simply rejects the notion that there is any conflict between the lines of authority just cited. With great respect, I disagree. There can be no question that a citizen of a country like Iran who rejects Islam, whether or not he or she adopts another religion, is put at risk if required to return to Iran. The late Justice Rouleau and Justice Phelan and perhaps, certainly less directly, others cited on behalf of the applicant, expressed a view that that is not the end of the matter. Even assuming that an individual who has rejected Islam, if required to return to Iran, will remain discreetly silent on that rejection, I am satisfied that he or she may well remain at risk of persecution if the circumstances are such that his or her rejection of Islam might come to the attention of state authorities. That risk was simply not addressed by the officer on the facts of this matter.

[26] Against whatever standard of review is applicable, whether it be correctness or reasonableness, I am satisfied that the failure to address the appropriate test or

limités quant aux manifestations publiques de sa nouvelle religion auxquelles elle aurait participé activement pendant son séjour au Canada. La seule preuve produite permettant d’établir que la demanderesse a fait connaître sa foi est le fait qu’elle a parlé de l’Église chrétienne à un voisin. De même, la demanderesse conteste l’inférence défavorable tirée par l’agente qui repose sur l’omission du pasteur de mentionner qu’elle ferait du prosélytisme à son retour en Iran, et elle réplique en faisant valoir que [TRADUCTION] « aux yeux d’un pasteur membre d’une Église évangélique, un chrétien engagé est tenu de faire du prosélytisme ».

Toutefois, les suppositions sur lesquelles s’appuie la demanderesse ne sont pas étayées par la preuve. Le fait que l’agente n’a pas tenu compte des hypothèses de fait proposées par la demanderesse ne constitue pas une erreur susceptible de révision. En effet, le pasteur ne dit rien à propos des activités de prosélytisme dans son affidavit, malgré les précisions qu’il donne au sujet de la demanderesse. Sur le fondement de la preuve dont disposait l’agente, il n’était pas manifestement déraisonnable de la part de celle-ci de conclure que faire connaître sa foi à des voisins ne correspond pas au genre d’activités qui exposeraient la demanderesse à un risque en Iran, même en tenant compte de la situation très difficile en matière de droits de la personne qui règne dans ce pays et de la situation précaire des minorités religieuses, surtout des personnes converties de l’islamisme au christianisme.

[25] De manière générale, l’avocat du défendeur rejette tout simplement la notion selon laquelle il existe un conflit entre les courants jurisprudentiels auxquels on vient de renvoyer. En toute déférence, je ne suis pas d’accord avec l’avocat du défendeur. Il ne fait aucun doute qu’un citoyen d’un pays comme l’Iran qui rejette l’Islam, qu’il adhère ou non à une autre religion, est exposé à des risques s’il est obligé de retourner en Iran. Feu le juge Rouleau, le juge Phelan et peut-être, moins directement, d’autres juges, dont les propos ont été cités au nom du demandeur, ont exprimé l’opinion que l’affaire ne s’arrête pas là. Même si on suppose qu’une personne qui a rejeté l’Islam et qui est obligée de retourner en Iran ne fera aucune mention de ce rejet, je suis convaincu que celle-ci pourrait faire l’objet de persécution si les circonstances étaient telles que les autorités de l’État apprennent qu’il a rejeté l’Islam. Ce risque, compte tenu des faits de l’espèce, n’a tout simplement pas été pris en compte par l’agent.

[26] Quelque soit la norme de contrôle applicable, qu’il s’agisse de la norme de la décision correcte ou de la norme de la décision raisonnable, je suis convaincu

issue regarding risk of persecution or risk resulting in the applicant being a person in need of protection as described in section 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, results in reviewable error and this application for judicial review will thus be allowed.

(b) The threshold of risk under section 96 of the *Immigration and Refugee Protection Act*

[27] In light of my conclusion on the first issue on this application for judicial review, I decline to address the second issue which, both counsel before me appear to agree, was of a secondary order of significance. Suffice it to say that, without engaging in any significant review of the issue, I adopt at the level of principle, the following statements by Justice Phelan in paragraphs 9 and 10 of his reasons in *Mutangadura v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*:¹¹

One cannot become fixated on these words [“serious doubts”] or engage in matters of semantics without considering the whole of the decision and the context within which those words appear.

As I read these words, they refer to whether the Applicant has met the legal criterion under s. 96, not a definition of the legal test to be applied under that provision. This view is reinforced by the fact that the Board refers to the legal test under s. 96 later in the judgment. [Citation omitted.]

Substituting a reference to the PRRA officer for the reference to the Board in the last sentence of the foregoing quotation, I am satisfied that the same could be said here.

Conclusion

[28] For the foregoing reasons, this application for judicial review will be allowed, the decision under review will be set aside and the applicant’s application

que l’omission de tenir compte du critère ou de la question pertinente concernant le risque de persécution ou le risque que le demandeur devienne une personne à protéger au sens de l’article 97 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, constitue une erreur susceptible de contrôle et que la présente demande de contrôle judiciaire doit par conséquent être accueillie.

b) Le critère du risque prévu à l’article 96 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*

[27] Compte tenu de la conclusion que j’ai tirée quant à la première question en litige dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire, je refuse de traiter la deuxième question en litige qui est, selon moi et, vraisemblablement, selon les deux avocats qui ont comparu devant moi, d’une importance secondaire. Qu’il me suffise de dire que, sans entreprendre un examen important de la question en litige, j’adopte, en principe, les déclarations suivantes faites par le juge Phelan aux paragraphes 9 et 10 de ses motifs dans la décision *Mutangadura c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*¹¹ :

Une personne ne peut s’arrêter sur ces mots ou se poser des questions de sémantique sans tenir compte de la décision entière et du contexte dans lequel ces mots sont employés.

En lisant ces mots, je conclus que ceux-ci se rapportent à la question de savoir si la demanderesse a rempli le critère juridique prévu à l’article 96 et non à la définition du critère juridique qui doit être appliqué en vertu de cet article. Cette conclusion est appuyée par le fait que la Commission fait référence au critère juridique prévu à l’article 96 plus tard dans son jugement. [Renvoi omis.]

Si je remplace le mot Commission par le mot agent d’ERAR dans la dernière phrase du renvoi qui précède, je suis convaincu que ces propos s’appliquent en l’espèce.

Conclusion

[28] Pour les motifs qui précèdent, la présente demande de contrôle judiciaire sera accueillie, la décision faisant l’objet du présent contrôle sera annulée

for a pre-removal risk assessment will be referred back to the respondent for redetermination by a different officer.

Certification of a question

[29] Counsel for the applicant urges certification of the following question:

In the context of persecution for reasons of religion under s. 96 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, is [it] relevant that a claimant can or will be discreet about his or her faith vis-à-vis the agent of persecution?

In support of his recommendation, counsel cites the inclusion of “freedom of conscience and religion” among the fundamental freedoms enshrined in section 2 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.¹² Given that primacy of place, it is assumed that counsel urges that the principal issue raised on this application for judicial review is a serious question of general importance. The issue of whether or not an answer to the proposed question would be dispositive on an appeal from the order herein was simply not addressed.

[30] By contrast, counsel for the respondent urges against certification of the proposed question by reference to *Prophète v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*¹³ where Justice Trudel, on behalf of the Court, wrote at paragraphs 8 and 9 of her reasons:

Taking into consideration the broader federal scheme of which section 97 is a part, answering the certified question in a factual vacuum would, depending on the circumstances of each case, result in unduly narrowing or widening the scope of subparagraph 97(1)(b)(ii) of the Act.

For these reasons, we decline to answer this certified question. [Emphasis added.]

[31] Counsel for the respondent urges that the cases relied on at the hearing of this application, some of which are cited in the foregoing reasons, turned on their particular facts and that it cannot be said that those particular facts are the same or very similar to the facts

et la demande d'examen des risques avant renvoi présentée par le demandeur sera renvoyée au défendeur pour qu'elle soit examinée à nouveau par un autre agent.

Question proposée à la certification

[29] L'avocat du demandeur demande que la question suivante soit certifiée :

Dans le contexte de la persécution pour des motifs religieux au sens de l'article 96 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, est-il pertinent qu'un demandeur d'asile puisse faire preuve de discrétion ou qu'il fera preuve de discrétion quant à sa foi et que l'agent de persécution ne s'intéressera pas à lui?

À l'appui de sa recommandation, l'avocat renvoie à l'inclusion de la « liberté de conscience et de religion » dans les libertés fondamentales consacrées à l'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.¹² Vu que cette liberté figure en tête des libertés énumérées dans la Charte, on présume que l'avocat prétend que la question principale soulevée dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire est une question grave de portée générale. La question de savoir si une réponse à la question proposée à la certification permettrait de trancher un appel de l'ordonnance prononcée en l'espèce n'a tout simplement pas été traitée.

[30] L'avocat du défendeur s'oppose à la certification de la question proposée en invoquant l'arrêt *Prophète c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹³ dans lequel la juge Trudel, au nom de la Cour, a écrit ce qui suit aux paragraphes 8 et 9 de ses motifs :

Compte tenu du régime fédéral global dans lequel s'inscrit l'article 97, répondre à la question certifiée dans un vide factuel aurait pour effet, selon les circonstances de chaque espèce, de restreindre ou d'élargir indûment la portée du sous-alinéa 97(1)(b)(ii) de la Loi.

Pour ces motifs, nous refusons de répondre à la question certifiée. [Non souligné dans l'original.]

[31] L'avocat du défendeur prétend que les causes invoquées lors de l'audition de la présente demande, dont certaines sont mentionnées dans les motifs qui précèdent, dépendent de leurs faits particuliers et qu'on ne peut pas affirmer que ces faits particuliers sont les

here before the Court. Indeed, in the Court's view, there is a complete absence of factual background regarding the applicant's rejection of Islam in this matter to support the officer's conclusion that the applicant would not be at risk if he returned, voluntarily or involuntarily, to Iran.

[32] For the foregoing reasons, I prefer the position advocated by counsel for the respondent and decline to certify the question proposed by counsel for the applicant or, indeed, any question. While I regard this matter as one that raises a serious question of general importance, in the absence of a supporting factual background, I am satisfied that the concern expressed by Justice Trudel in *Prophète*, above, applies equally to this matter.

ORDER

THIS COURT ORDERS that this application for judicial review is allowed. The decision under review is set aside and the applicant's application for a pre-removal risk assessment is referred back to the respondent for redetermination by a different officer.

No question is certified.

¹ 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522.

² S.C. 2001, c. 27.

³ 2002 FCT 1083, October 17, 2002.

⁴ At p. 122 of the applicant's record herein.

⁵ 2008 FC 511, April 18, 2008.

⁶ 2008 FC 1066, September 23, 2008.

⁷ (2000), 3 Imm. L.R. (3d) 263 (F.C.T.D.), January 10, 2000.

⁸ 2005 FC 1367, October 6, 2005.

⁹ 2004 FC 874, June 14, 2004.

¹⁰ 2007 FC 939, September 20, 2007.

¹¹ 2007 FC 298, March 20, 2007.

¹² being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canadian Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

¹³ 2009 FCA 31, 78 Imm. L.R. (3d) 163, February 4, 2009.

mêmes ou sont très semblables à ceux dont la Cour est saisie en l'espèce. En effet, selon la Cour, il n'y a absolument aucun contexte factuel concernant le rejet de l'Islam par le demandeur en l'espèce pour étayer la conclusion de l'agent selon laquelle le demandeur ne serait exposé à aucun risque s'il retournait, volontairement ou involontairement, en Iran.

[32] Pour les motifs qui précèdent, je préfère la position défendue par l'avocat du défendeur et je refuse de certifier la question proposée par l'avocat du demandeur ni d'ailleurs quelque question que ce soit. Même si j'estime que la présente affaire soulève une question grave de portée générale, en l'absence d'un contexte factuel à l'appui, je suis convaincu que la préoccupation exprimée par la juge Trudel dans l'arrêt *Prophète*, précité, s'applique en l'espèce.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que la présente demande de contrôle judiciaire soit accueillie. La décision faisant l'objet du présent contrôle est annulée et la demande d'examen des risques avant renvoi présentée par le demandeur est renvoyée au défendeur pour qu'elle soit examinée à nouveau par un autre agent.

Aucune question n'est certifiée.

¹ 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522.

² L.C. 2001, ch. 27.

³ 2002 CFPI 1083, le 17 octobre 2002.

⁴ À la p. 122 du dossier du demandeur ci-joint.

⁵ 2008 CF 511, le 18 avril 2008.

⁶ 2008 CF 1066, le 23 septembre 2008.

⁷ [2000] A.C.F. n° 29 (1^{re} inst.) (QL), le 10 janvier 2000.

⁸ 2005 CF 1367, le 6 octobre 2005.

⁹ 2004 CF 874, le 14 juin 2004.

¹⁰ 2007 CF 939, le 20 septembre 2007.

¹¹ 2007 CF 298, le 20 mars 2007.

¹² 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), annexe II, n° 44].

¹³ 2009 CAF 31, le 4 février 2009.

T-1515-05
2009 FC 317

T-1515-05
2009 CF 317

Monsanto Canada Inc. and Monsanto Company
(*Plaintiffs*)

Monsanto Canada Inc. et Monsanto Company
(*demandereses*)

v.

c.

Charles Rivett (*Defendant*)

Charles Rivett (*défendeur*)

INDEXED AS: MONSANTO CANADA INC. v. RIVETT (F.C.)

RÉPERTORIÉ : MONSANTO CANADA INC. c. RIVETT (C.F.)

Federal Court, Zinn J.—Toronto, January 12, 13 and 14;
Ottawa, March 26, 2009.

Cour fédérale, juge Zinn—Toronto, 12, 13 et 14 janvier;
Ottawa, 26 mars 2009.

Patents — Infringement — Accounting of profits resulting from infringement of plaintiffs' patent for glyphosate-resistant plants, sold in Canada under trademark ROUNDUP READY — Defendant infringing patent by planting ROUNDUP READY soybeans, harvesting, selling resulting crop — Differential profit approach, requiring Court compare profits made by infringer attributable to invention and profits infringer would have made had best non-infringing option been used, applied in present case — Approach requiring determining whether non-infringing alternative exists to compare profits — Conventional soybean seed used as appropriate comparator herein — Defendant entitled to deduct legitimate, proved expenses from gross revenues made from infringement — Causal connection between profits made, infringement established — Amount of profits to be disgorged \$40 137.94, defendant required to pay prejudgment interest thereon.

Brevets — Contrefaçon — Restitution des bénéfices découlant de la contrefaçon du brevet des demandereses visant des plantes résistant au glyphosate; l'invention est vendue au Canada sous la marque de commerce ROUNDUP READY — Le défendeur a contrefait le brevet en plantant du soja ROUNDUP READY, en le moissonnant et en vendant la récolte — La méthode du profit différentiel, qui requiert de la Cour qu'elle compare les profits réalisés par le contrefacteur du fait de l'invention et ceux qu'il aurait réalisés en recourant à la meilleure solution non contrefaisante a été appliquée en l'espèce — La méthode requiert que l'on tranche la question de savoir s'il existe une solution de substitution pour comparer les profits — Les graines de soja conventionnelles ont été utilisées comme comparateur approprié en l'espèce — Le défendeur avait le droit de déduire ses dépenses prouvées et légitimes du revenu brut tiré de la contrefaçon — Un lien causal a été établi entre les profits réalisés et la contrefaçon — Le montant des profits à restituer était de 40 137,94 \$, et le défendeur devait payer des intérêts avant jugement sur ce montant.

This was an accounting of profits resulting from the infringement of the plaintiffs' Canadian Letters Patent No. 1313830 ('830 patent). Such remedy was elected by the plaintiffs under the terms of a consent judgment in these proceedings. The defendant infringed that patent by planting ROUNDUP READY soybeans, and by harvesting and selling the resulting crop.

Il s'agissait de la restitution des bénéfices découlant de la contrefaçon des lettres patentes canadiennes n° 1313830 (le brevet '830) des demandereses. Ces dernières ont choisi ce recours aux termes d'un jugement sur consentement rendu dans le cadre de l'instance en l'espèce. Le défendeur a contrefait ce brevet en plantant du soja ROUNDUP READY, en le moissonnant et en vendant la récolte.

The '830 patent is for an invention entitled "Glyphosate-Resistant Plants" which relates to a plant gene which, when expressed in a plant cell, confers a substantial degree of glyphosate resistance upon the plant cell and plants containing such cells. As a result, such cells are resistant to herbicides such as the plaintiffs' ROUNDUP which contains glyphosate as the active ingredient. In Canada, this invention is sold under the trademark ROUNDUP READY and is widely

Le brevet '830 vise une invention intitulée « Plantes résistant au glyphosate », qui a trait à un gène végétal qui, lorsqu'il est intégré à une cellule végétale, confère à cette cellule et aux plantes qui contiennent de telles cellules un niveau important de résistance au glyphosate. De telles cellules sont donc résistantes aux herbicides, comme le ROUNDUP des demandereses, dont l'ingrédient actif est le glyphosate. Au Canada, cette invention est vendue sous la

accepted by Canadian farmers for the many benefits it confers (i.e. farmers can use glyphosate herbicide to take advantage of the glyphosate tolerance imparted by ROUNDUP READY). ROUNDUP READY is only sold pursuant to a licence that is personal to the grower. The purchased seed can only be used by the grower for planting one crop which is only to be sold for consumption. The grower is not entitled to save seed to replant a second generation crop.

The defendant, a farmer, grows, harvests and sells soybeans, corn and wheat. In 2004, without permission or a licence, he planted, cultivated and harvested 947 acres of ROUNDUP READY soybeans and sold all the yield therefrom, generating a gross revenue of \$233 311.73.

At issue was: the proper method to be used in conducting an accounting of profits; the proven expenses incurred by the defendant that could be deducted from the gross revenue made by selling the infringing ROUNDUP READY soybean crop in 2004; the profits made from the infringement that were to be disgorged; the defendant's liability to pay pre-judgment and postjudgment interest.

Held, the total amount of profits to be disgorged by the defendant and paid to the plaintiffs is \$40 137.94.

Under paragraph 57(1)(b) of the *Patent Act*, the Court may require the infringer to render an account of the profits made because of the infringement and to disgorge those profits by paying them to the patent holder. This is the equitable remedy of an accounting of profits. As was stated by the Supreme Court of Canada in *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, an order requiring that the profits made as a consequence of the actions of the wrongdoer are to be disgorged may serve one or both of two equitable purposes. The prophylactic purpose, the first purpose, is to deter the wrongdoer and others who might emulate his actions. The restitutionary purpose, the second purpose, is to restore to the wronged party profit which properly belongs to him but which has been wrongly appropriated by the wrongdoer. Unlike a compensatory award, a restitutionary award is not focused on restoring the wronged party to the position he would have been in but for the breach but rather on putting the wrongdoer in the position he would otherwise have been had he not committed the wrong. As well, while deterrence is rightly one aspect of the remedy, it is not intended to be punitive.

marque de commerce ROUNDUP READY et le recours à cette invention est largement répandu parmi les agriculteurs du Canada en raison des nombreux avantages qu'elle confère (c.-à-d. que les agriculteurs peuvent utiliser l'herbicide à base de glyphosate pour tirer profit de la résistance au glyphosate du ROUNDUP READY). La semence ROUNDUP READY est uniquement vendue à un agriculteur au moyen d'une licence qui lui est propre. L'agriculteur ne peut planter la semence achetée qu'en vue d'une seule récolte, qui ne peut être vendue qu'à des fins de consommation; l'agriculteur ne peut conserver des semences en vue de les planter pour obtenir une récolte de seconde génération.

Le défendeur, un agriculteur, cultive, récolte et vend du soja, du maïs et du blé. En 2004, sans disposer d'une autorisation ou d'une licence, il a planté, cultivé et récolté du soja ROUNDUP READY sur 947 acres et a tiré un revenu brut de 233 311,73 \$ de la vente de sa récolte.

La Cour devait se pencher sur les points suivants : la méthode pertinente à suivre pour procéder à une restitution des bénéfices; les dépenses prouvées engagées par le défendeur déductibles du revenu brut tiré de la vente de sa récolte de soja ROUNDUP READY contrefait en 2004; les bénéfices tirés de la contrefaçon qui devaient être rendus et la responsabilité du défendeur au titre des intérêts avant et après jugement.

Jugement : le montant total des bénéfices devant être restitués par le défendeur et versés aux demanderesse était de 40 137,94 \$.

Selon l'alinéa 57(1)(b) de la *Loi sur les brevets*, la Cour peut exiger qu'un contrefacteur rende compte des bénéfices réalisés par suite de la contrefaçon et restitue ces bénéfices en les versant au titulaire du brevet. C'est là le recours en equity connu sous le nom de restitution des bénéfices. Comme la Cour suprême du Canada l'a fait observer dans l'arrêt *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, une ordonnance enjoignant la restitution des profits tirés par le contrefacteur peut viser l'un ou l'autre de deux objectifs d'equity. L'objectif de prévention, le premier objectif, consiste à décourager les actions du contrefacteur et de tout émulateur éventuel. L'objectif de restitution, le deuxième objectif, consiste à restituer à la personne lésée les profits qui lui reviennent de bon droit, mais que le contrefacteur s'est approprié à tort. Lorsqu'on accorde une mesure de restitution on ne vise pas, comme en accordant une mesure compensatoire, à rétablir la personne lésée dans la situation qui aurait été la sienne sans l'acte préjudiciable, mais plutôt à placer le transgresseur dans la situation où il se serait trouvé s'il n'avait pas commis la transgression. De même, bien que la dissuasion soit l'un des éléments de la réparation, elle n'est pas destinée à avoir un caractère punitif.

Requiring the party at fault to disgorge the profits made from the infringement while ensuring that he is not being required to hand over more requires focusing on the causal connection between the act that infringes the invention and the profit, between the wrong and the remedy. Where there is no causal connection, there is no profit for which the infringer is required to account.

There are three possible approaches to determining the profits of the infringer that are to be paid over to the patentee. The first is the differential profit approach which requires that the Court compare the profits made by the infringer that are attributable to the invention and the profits that the infringer would have made had he used the best non-infringing option. The differential cost approach requires that the Court deduct from the gross revenue received by the infringer the variable or current expenses directly attributable to the infringement and any increased, fixed or capital expenses that are directly attributable to the infringement. The full cost approach increases the deductible expenses in the differential cost approach by also deducting from the revenue earned the relevant portion of the common costs incurred by the infringer.

The appropriate approach to be applied in this case was the differential profit approach. When performing an accounting of profits, the causal link must be between the profits made and the invention that is protected. This approach is preferred since it isolates and identifies the profit that was generated because of the patented invention. It looks to those profits that result from the invention that is protected and eliminates those profits that may be earned but that have no causal link to the invention. When applying the differential profit approach, it must be determined whether there is a non-infringing alternative that can be used as a comparator of profits that would have been generated therewith. The next best non-infringing alternative that is to be considered when using the differential approach cannot be what one would have done had one complied with the law. The comparison is to the profit that would have been earned from using the next best product that is not the patented product itself, with the latter acting as a baseline from which to calculate added value. As such, in this case, the comparison was not to the profits that the defendant would have generated had he legally bought the ROUNDUP READY soybean seed and purchased the licence, but to soybean seed that had none of the plaintiffs' invention. Whether the comparator non-infringing product was actually available for use or sale was not determinative. Therefore, conventional soybean was the appropriate comparator.

The defendant was properly entitled to deduct from the gross revenue received from the sale of the crop his legitimate

Exiger que la partie fautive restitue les bénéfices tirés de la contrefaçon, tout en s'assurant qu'elle n'ait pas à rendre davantage, nécessite de se pencher sur le lien causal entre l'acte contrefaisant l'invention et le bénéfice, et entre la transgression et la réparation. En l'absence de lien causal, il n'y a pas de bénéfice que le contrefacteur ait à remettre.

Il y a trois méthodes auxquelles il est possible de recourir pour calculer les bénéfices du contrefacteur devant être restitués au titulaire de brevet. La première méthode est celle du profit différentiel, qui requiert de la Cour qu'elle compare les profits réalisés par le contrefacteur du fait de l'invention et ceux qu'il aurait réalisés en recourant à la meilleure solution non contrefaisante. La méthode du coût différentiel requiert de la Cour qu'elle déduise du revenu brut obtenu par le contrefacteur les frais variables ou fixes ainsi que les dépenses courantes, supplémentaires et en immobilisations qui sont directement attribuables à la contrefaçon. En recourant à la méthode de la totalité des coûts, on accroît les dépenses qui sont déductibles selon la méthode du coût différentiel en déduisant également du revenu gagné la partie pertinente des coûts communs engagés par le contrefacteur.

La méthode qu'il convenait d'utiliser en l'espèce était celle du coût différentiel. Aux fins d'une restitution des bénéfices, le lien de causalité doit exister entre les profits réalisés et l'invention protégée. C'est la méthode à privilégier parce qu'elle a pour effet de repérer et de distinguer les profits générés par l'invention brevetée. On retient les profits qui résultent de l'invention protégée et on élimine ceux qui ont pu être gagnés mais qui n'ont pas de lien de causalité avec l'invention. Lorsqu'on applique la méthode du profit différentiel, il faut trancher la question de savoir s'il existe une solution de substitution non contrefaisante pouvant servir de comparateur. La meilleure solution de substitution non contraignante à prendre en considération lorsqu'on recourt à la méthode de profit différentiel ne peut être ce que l'intéressé aurait fait s'il avait respecté la loi. La comparaison est à établir avec les profits qu'on aurait réalisés en exploitant le meilleur produit possible après le produit breveté même, le premier devant servir de référence pour le calcul de la valeur ajoutée. Ainsi, en l'espèce, la comparaison n'était pas à établir avec les profits que le défendeur aurait réalisés si, en toute légalité, il avait acheté les graines de soja ROUNDUP READY et acquis la licence; la comparaison devait plutôt être faite avec des graines de soja ne renfermant rien de l'invention des demanderesse. La question de savoir si le produit non contrefait de comparaison était véritablement disponible à des fins d'exploitation ou de vente ne constituait pas un facteur déterminant. Par conséquent, le soja conventionnel constituait le comparateur approprié.

Le défendeur avait donc droit à juste titre de déduire ses dépenses prouvées et légitimes du revenu brut tiré de la vente

and proved expenses. He had the burden to prove the costs that were to be deducted. The expenses apportioned had to be directly related to the ROUNDUP READY soybean crop. Some of the expenses accepted were fertilizer, land rent, fuel costs and herbicide.

As to the profits to be disgorged, applying the differential profit approach, there was a causal connection between the profits made and the infringement. The gross profits of infringement were thus calculated. As there was a non-infringing option, conventional soybeans, the profits using this option were also calculated. The difference between the two profits, \$40 137.94, was the profit directly attributable to and resulting from the infringement of the patent.

As to pre- and postjudgment interest, the general rule in an accounting of profits is that there is an award of compound prejudgment interest. There were no factors mitigating such an award herein. Since the defendant knew that the seed he was planting was patented and knew that he needed a licence to grow it, he was required to pay prejudgment interest on the profits to be disgorged.

de sa récolte. Il lui incombait de prouver les dépenses devant être déduites. Les dépenses réparties devaient être directement liées à la récolte de soja ROUNDUP READY, notamment l'engrais, le loyer foncier, les frais de carburant et l'herbicide.

S'agissant des bénéfices à restituer, en appliquant la méthode du profit différentiel, il y avait un lien causal entre les profits réalisés et la contrefaçon. Les profits bruts tirés de la contrefaçon ont donc été calculés. Comme il existait une solution non contrefaisante, soit le soja conventionnel, les profits tirés de cette solution ont également été calculés. La différence entre ces deux montants, soit 40 137,94 \$, était le profit directement attribuable à la contrefaçon du brevet et en découlait.

Pour ce qui est des intérêts avant et après jugement, l'octroi d'intérêts avant jugement composés était la règle générale en matière de restitution des bénéfices. Il n'existait pas de circonstances justifiant l'atténuation d'un tel octroi en l'espèce. Comme le défendeur savait que les semences qu'il plantait étaient brevetées et qu'il avait besoin d'une licence pour les cultiver, il devait payer des intérêts avant jugement sur les bénéfices à restituer.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 36 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 9; 2002, c. 8, s. 36), 37 (as am. *idem*, s. 37).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 258(5) (as am. by SOR/2006-219, s. 2), 279 (as am. *idem*, s. 6), 394.
Patent Act, R.C.S., 1985, c. P-4, ss. 42 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16), 57(1)(b).

CASES CITED

APPLIED:

Strother v. 3464920 Canada Inc., 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177, 281 D.L.R. (4th) 640, [2007] 7 W.W.R. 381; *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902, 239 D.L.R. (4th) 271, 31 C.P.R. (4th) 161, revg 2002 FCA 309, [2003] 2 F.C. 165, 218 D.L.R. (4th) 31, 21 C.P.R. (4th) 1, affg 2001 FCT 256, 12 C.P.R. (4th) 204, 202 F.T.R. 78; *Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.* (1998), 82 C.P.R. (3d) 466, 151 F.T.R. 250 (F.C.T.D.); *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, 253 D.L.R. (4th) 1, 39 C.P.R. (4th) 449.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 42 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16), 57(1)(b).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 36 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 9; 2002, ch. 8, art. 36), 37 (mod., *idem*, art. 37).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 258(5) (mod. par DORS/2006-219, art. 2), 279 (mod., *idem*, art. 6), 394.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Strother c. 3464920 Canada Inc., 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177; *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2001 CFPI 256, conf. par 2002 CAF 309, [2003] 2 C.F. 165, inf. par 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902; *Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.*, [1998] A.C.F. n° 1205 (1^{re} inst.) (QL); *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533.

DISTINGUISHED:

Teledyne Industries, Inc. v. Lido Industrial Products Ltd. (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Beloit Canada Ltd. v. Valmet Oy (1994), 55 C.P.R. (3d) 433, 78 F.T.R. 86 (F.C.T.D.), *affd in part* (1995), 61 C.P.R. (3d) 271, 184 N.R. 149 (F.C.A.); *Manufacturing Company v. Cowing*, 105 U.S. 253 (1881); *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 F.C. 483, (1994), 58 C.P.R. (3d) 359, 175 N.R. 225 (C.A.); *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1997] 2 F.C. 3, (1996), 71 C.P.R. (3d) 26, 206 N.R. 136 (C.A.); *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 93, 56 F.T.R. 22 (F.C.T.D.); *Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp.* (1990), 30 C.P.R. (3d) 324, *affd* 32 C.P.R. (3d) 385, 38 F.T.R. 251 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Bayer Aktiengesellschaft v. Apotex Inc. (2001), 10 C.P.R. (4th) 151 (Ont. S.C.J.), *affd* (2002), 16 C.P.R. (4th) 417 (Ont. C.A.); *Hancor Inc. v. Systèmes de drainage modernes Inc.* (1991), 38 C.P.R. (3d) 62, 45 F.T.R. 266 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Aylen, David A. and Matthew J. Graff, “The ‘Differential Profit’ Approach in *Monsanto*” in *The Return of the Six-Minute Intellectual Property Law Lawyer*, November 10, 2004. Toronto: Law Society of Upper Canada, Continuing Legal Education, 2004.
 Siebrasse, Norman. “A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms” (2004), 20 *C.I.P.R.* 79.

ACCOUNTING OF PROFITS resulting from the infringement of the plaintiffs’ Canadian Letters Patent No. 1313830 by the defendant who planted ROUNDUP READY soybeans, harvested them and sold the resulting crop.

APPEARANCES

Arthur B. Renaud and *L. E. Trent Horne* for plaintiffs.
Donald R. Good for defendant

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Teledyne Industries, Inc. c. Lido Industrial Products Ltd., [1982] A.C.F. n° 1024 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Beloit Canada Ltée c. Valmet Oy, [1994] A.C.F. n° 682 (1^{re} inst.) (QL), *conf. en partie par* [1995] A.C.F. n° 733 (C.A.) (QL); *Manufacturing Company v. Cowing*, 105 U.S. 253 (1881); *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 C.F. 483 (C.A.); *Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée*, [1997] 2 C.F. 3 (C.A.); *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.*, [1992] A.C.F. n° 607 (1^{re} inst.) (QL); *Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp.*, [1990] A.C.F. n° 246 (1^{re} inst.) (QL), *conf. par* [1990] A.C.F. n° 952 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES :

Bayer Aktiengesellschaft v. Apotex Inc. (2001), 10 C.P.R. (4th) 151 (C.S.J. Ont.), *conf. par* (2002), 16 C.P.R. (4th) 417 (C.A. Ont.), *Hancor Inc. c. Systèmes de drainage modernes Inc.*, [1991] A.C.F. n° 628 (1^{re} inst.) (QL).

DOCTRINE CITÉE

Aylen, David A. et Matthew J. Graff, « The “Differential Profit” Approach in *Monsanto* » dans *The Return of the Six-Minute Intellectual Property Law Lawyer*, November 10, 2004. Toronto : Barreau du Haut-Canada, Formation juridique permanente, 2004.
 Siebrasse, Norman. « A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms » (2004), 20 *C.I.P.R.* 79.

RESTITUTION DES BÉNÉFICES découlant de la contrefaçon des lettres patentes canadiennes n° 1313830 des demandereses par le défendeur, qui a planté du soja ROUNDUP READY, l’a cultivé et a vendu la récolte.

ONT COMPARU

Arthur B. Renaud et *L. E. Trent Horne* pour les demandereses.
Donald R. Good pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Bennett Jones LLP, Toronto, for plaintiffs.
Donald R. Good & Associates, Ottawa, for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] ZINN J.: Mr. Rivett is a farmer. In 2004 he infringed Canadian Letters Patent No. 1313830 (the '830 patent) by planting ROUNDUP READY soybeans, and by harvesting and selling the resulting crop. These reasons for judgment address the remedy selected by the plaintiffs for the defendant's breach—an accounting of profits.

Background

[2] Most of the relevant underlying facts are agreed upon by the parties and the following is largely reproduced from admitted allegations in the statement of claim and from an agreed statement of facts filed at the commencement of trial.

[3] Monsanto Company is the owner of the '830 patent issued February 23, 1993, for an invention entitled "Glyphosate-Resistant Plants". Pursuant to the provisions of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, and by virtue of its patent, Monsanto Company is granted the exclusive right, privilege and liberty of making, constructing, using and selling to others to be used the invention described and claimed in the '830 patent. Monsanto Canada Inc. is related to Monsanto Company, and is a licensee under the '830 patent. It sells Monsanto Company products in Canada. In these reasons reference to both plaintiffs is made by the terms "Monsanto" or "the plaintiffs".

[4] The invention described and claimed in the '830 patent relates to a plant gene which, when expressed in a plant cell, confers a substantial degree of glyphosate resistance upon the plant cell and plants containing such cells. As a result, such cells are resistant to herbicides such as Monsanto's ROUNDUP which contains glyphosate as the active ingredient. The invention

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Bennett Jones LLP, Toronto, pour les demanderessees.
Donald R. Good & Associates, Ottawa, pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE ZINN : M. Rivett est un agriculteur. En 2004, il a contrefait les lettres patentes canadiennes 1313830 (le brevet '830) en plantant du soja ROUNDUP READY et en moissonnant et vendant la récolte. Les présents motifs de jugement portent sur la réparation choisie par les demanderessees — la restitution des bénéfices ou profits — face au manquement du défendeur.

Le contexte

[2] Les parties se sont entendues sur l'essentiel du contexte factuel pertinent, et ce qui suit est largement tiré des allégations admises figurant dans la déclaration ainsi que d'un exposé conjoint des faits déposé au début du procès.

[3] Monsanto Company est propriétaire du brevet '830 délivré le 23 février 1993 à l'égard d'une invention intitulée « Plantes résistant au glyphosate ». Aux termes de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, et en vertu de son brevet, Monsanto Company dispose du droit, de la faculté et du privilège exclusif de fabriquer, construire, exploiter et vendre à d'autres, pour qu'ils l'exploitent, l'objet de l'invention décrite et revendiquée dans le brevet '830. Monsanto Canada Inc. est liée à Monsanto Company et est exploitante du brevet '830. Elle vend des produits de Monsanto Company au Canada. Dans les présents motifs, tant les expressions « demanderessees » que « Monsanto » renvoient aux demanderessees.

[4] L'invention décrite et revendiquée au brevet '830 a trait à un gène végétal qui, lorsque intégré à une cellule végétale, confère à cette cellule et aux plantes qui contiennent de telles cellules un niveau important de résistance au glyphosate. De telles cellules, par suite, sont résistantes aux herbicides, comme le ROUNDUP de Monsanto, dont l'ingrédient actif est le glyphosate.

further relates to a method for producing dicotyledonous plants that are resistant to glyphosate-containing herbicides. In Canada, glyphosate-resistant seeds and plants containing genes or cells in accordance with the claims of the '830 patent are sold under the trade-mark ROUNDUP READY.

[5] Among the benefits of ROUNDUP READY seed is that a farmer can use glyphosate herbicide on the plants once they have sprouted; this kills the weeds but not the crop. This results in a saving in herbicide use, frequency of application and an increased crop yield. As a consequence, ROUNDUP READY seed has been widely accepted by farmers in Canada.

[6] ROUNDUP READY seed is only sold pursuant to a licence that is personal to the grower. The purchased seed can only be used by the grower for planting one crop which is only to be sold for consumption; the grower is not entitled to save seed for the purpose of replanting a second generation crop. These conditions are imposed as every cell of each plant produced from ROUNDUP READY seed, as well as each resulting kernel or bean, contains the gene described in the '830 patent.

[7] Mr. Rivett is a farmer in Beeton, Ontario. He grows, harvests and sells soybeans, corn and wheat. In 2004, without permission or a licence, he planted ROUNDUP READY soybeans and harvested the resulting crop. Mr. Rivett admits that in so doing he used, reproduced and created genes, cells and soybean seeds and plants containing genes and glyphosate-resistant cells as claimed in each of claims 1, 2, 5, 6, 7, 22, 23, 26, 27, 28 and 47 of the '830 patent.

[8] Mr. Rivett admits that he sprayed the ROUNDUP READY soybean sprouts with a glyphosate herbicide to take advantage of the glyphosate tolerance imparted by ROUNDUP READY soybeans. He sold all of the yield from the crop of infringing ROUNDUP READY soybeans.

L'invention a également trait à une méthode de production de dicotylédones résistant aux herbicides à base de glyphosate. Au Canada, les semences et plantes résistant au glyphosate qui contiennent des gènes ou cellules conformes aux revendications du brevet '830 sont vendues sous la marque de commerce ROUNDUP READY.

[5] L'un des avantages des semences ROUNDUP READY, c'est que l'agriculteur peut, une fois que les plantes ont germé, pulvériser sur celles-ci de l'herbicide à base de glyphosate; l'herbicide élimine alors les mauvaises herbes, mais non pas la récolte. Cela permet de faire des économies en réduisant l'utilisation de l'herbicide et la fréquence de son application, et d'accroître le rendement des cultures. Le recours à la semence ROUNDUP READY est par conséquent largement répandu parmi les agriculteurs du Canada.

[6] La semence ROUNDUP READY est uniquement vendue à un agriculteur au moyen d'une licence qui lui est propre. L'agriculteur ne peut planter la semence achetée qu'en vue d'une seule récolte, qui ne peut être vendue qu'à des fins de consommation; l'agriculteur ne peut conserver des semences en vue de les planter pour obtenir une récolte de seconde génération. Ces conditions sont imposées du fait que chaque cellule de chaque plante produite grâce à la semence ROUNDUP READY, de même que chaque graine qui en provient, renferme le gène décrit dans le brevet '830.

[7] M. Rivett est un agriculteur de Beeton, en Ontario. Il cultive, récolte et vend du soja, du maïs et du blé. En 2004, sans disposer d'une autorisation ou d'une licence, il a planté du soja ROUNDUP READY et en a moissonné la récolte. M. Rivett admet que, ce faisant, il a exploité, reproduit et créé des gènes, des cellules ainsi que des semences et des plants de soja renfermant des gènes et des cellules résistant au glyphosate faisant l'objet des revendications 1, 2, 5, 6, 7, 22, 23, 26, 27, 28 et 47 du brevet '830.

[8] M. Rivett admet également avoir pulvérisé de l'herbicide à base de glyphosate sur les pousses de soja ROUNDUP READY, pour pouvoir tirer profit de la résistance au glyphosate du soja ROUNDUP READY. Il a ensuite vendu toute la récolte obtenue grâce au soja ROUNDUP READY contrefait.

[9] Justice Simon Noël issued a consent judgment on January 11, 2007, which granted certain declaratory relief, permanently enjoined the defendant from further infringing activities and required the defendant to deliver up any infringing seed and plants in his possession to Monsanto Canada Inc.

[10] That judgment left a number of issues to be determined at the trial of this action. Some of those outstanding issues were dropped or not pursued. The plaintiffs were required under the terms of the judgment to elect as between damages and an accounting of profits. The plaintiffs elected an accounting of profits. The only issues remaining to be determined by the Court, pursuant to the consent judgment and the parties' subsequent agreements, are the following:

- a. An accounting of the defendant's profits derived from the infringement;
- b. Prejudgment and postjudgment interest; and
- c. The costs of the proceedings.

[11] The following facts relevant to the accounting of profits were admitted by Mr. Rivett:

- a. In 2004 he planted, cultivated and harvested 947 acres of ROUNDUP READY soybeans.
- b. The gross revenue he received for the sale of the yield from the 947 acres of ROUNDUP READY soybeans was \$233 311.73.
- c. He did not pay another person to clean ROUNDUP READY soybean seed.
- d. He did not hire employees for the sole purpose of cultivating ROUNDUP READY soybeans.
- e. He did not pay a third party to plant ROUNDUP READY soybeans.
- f. He did not pay a third party to apply fertilizers or herbicides to his ROUNDUP READY soybeans.

[9] Le 11 janvier 2007, le juge Simon Noël a rendu un jugement sur consentement par lequel il accordait une mesure de réparation déclaratoire, interdisait de manière permanente au défendeur de s'adonner à la contrefaçon et enjoignait à ce dernier de remettre à Monsanto Canada Inc. les semences et plants contrefaits en sa possession.

[10] Ce jugement laissait un certain nombre de questions à trancher au procès dans le cadre de la présente action. Les parties ont laissé tomber certaines de ces questions laissées en suspens. Le jugement enjoignait aux demandresses de choisir entre des dommages-intérêts et une restitution des bénéfices. Les demandresses ont choisi cette seconde réparation. Les seules questions restant à la Cour à trancher, par suite du jugement sur consentement et d'ententes subséquentes conclues par les parties, concernent ce qui suit :

- a. La restitution des bénéfices tirés de la contrefaçon par le défendeur;
- b. Les intérêts avant et après jugement;
- c. Les dépens afférents à l'instance.

[11] Les faits qui suivent, pertinents quant à la restitution des bénéfices, ont été admis par M. Rivett :

- a. En 2004, M. Rivett a planté, cultivé et récolté du soja ROUNDUP READY sur 947 acres.
- b. Il a tiré un revenu brut de 233 311,73 \$ de la vente de sa récolte de 947 acres de soja ROUNDUP READY.
- c. Il n'a payé aucune autre personne pour le nettoyage des semences de soja ROUNDUP READY.
- d. Il n'a embauché aucun employé aux fins uniquement de cultiver le soja ROUNDUP READY.
- e. Il n'a payé aucun tiers pour qu'il plante du soja ROUNDUP READY.
- f. Il n'a payé aucun tiers pour l'épandage d'engrais ou la pulvérisation d'herbicides sur son soja ROUNDUP READY.

g. He did not pay a third party to harvest the ROUNDUP READY soybeans.

h. He did not purchase equipment for the sole purpose of cultivating the ROUNDUP READY soybeans.

i. Apart from the 947 acres of ROUNDUP READY soybeans he planted, cultivated and harvested in 2004, he also planted, cultivated and harvested 811 acres of conventional soybeans, 1408 acres of corn, and 350 acres of winter wheat.

[12] In addition to these agreed facts, Michael McGuire, a vice-president of Monsanto Canada Inc. and the director of its eastern Canadian seed and trade business, gave evidence for the plaintiffs. Mr. McGuire testified as to the benefits of ROUNDUP READY seed and the additional profit that a farmer using this Monsanto product should expect to obtain. He also spoke to the enforcement mechanisms that have been put in place to track and deal with infringers of the '830 patent. Mr. Rivett testified on his own behalf. Mr. Rivett did not dispute any of the evidence offered by Mr. McGuire. His testimony was directed to his farming operation, the reasons behind the infringement in 2004 and the costs of his farming operation. While he was vigorously cross-examined by counsel for the plaintiffs, the plaintiffs led no evidence to contradict his evidence other than, perhaps, evidence Mr. Rivett himself had given during his examination for discovery.

[13] After Mr. Rivett had given his evidence, the defendant proposed to call Gary Fisher as an expert witness. Mr. Fisher was described by the defendant's counsel as an agrologist with training in economics. It was proposed that he speak to a document he had prepared relating to the defendant's farming operation entitled "Soybean Cost Estimation". It purported to be "an independent estimation of the costs and returns of the production of roundup ready soybeans produced on the Charles Rivett's farm in 2004" (*sic*). Attached to the report was an unaudited income statement for the defendant comparing revenue and expenses for the years ended December 31, 2004 and December 31, 2005. The plaintiffs objected to the admission into

g. Il n'a payé aucun tiers pour qu'il récolte le soja ROUNDUP READY.

h. Il n'a acheté aucun équipement à la seule fin de cultiver le soja ROUNDUP READY.

i. En 2004, mis à part le soja ROUNDUP READY qu'il a planté, cultivé et récolté sur 947 acres, il a également planté, cultivé et récolté du soja ordinaire sur 811 acres, du maïs sur 1 408 acres et du blé d'hiver sur 350 acres.

[12] Outre ces faits convenus, Michael McGuire, vice-président chez Monsanto Canada Inc. et directeur des activités commerciales pour le maïs et le soja dans l'Est du Canada, a témoigné pour le compte des demanderesse. M. McGuire a mentionné les avantages que comportait la semence ROUNDUP READY et le profit additionnel qu'un agriculteur utilisant ce produit de Monsanto pouvait s'attendre à tirer. Il a également parlé des mécanismes visant à faire respecter le brevet '830 mis en place pour repérer les contrefacteurs et s'occuper de leur situation. M. Rivett a témoigné en son propre nom. Il n'a aucunement contredit la déposition de M. McGuire. Son témoignage avait trait à son entreprise agricole et à ses coûts d'exploitation ainsi qu'aux motifs de la contrefaçon de 2004. Bien que les avocats des demanderesse aient contre-interrogé énergiquement M. Rivett, ces dernières n'ont présenté aucun élément en vue de contredire sa preuve, si ce n'est, peut-être, la déposition même du défendeur lors de son interrogatoire préalable.

[13] Après que M. Rivett eut témoigné, son avocat a proposé d'appeler Gary Fisher à titre de témoin expert. L'avocat du défendeur a décrit M. Fisher comme étant un agrologue ayant une formation en économie. Il proposait que ce dernier traite d'un document qu'il avait rédigé au sujet de l'entreprise agricole du défendeur et intitulé [TRADUCTION] « Estimation des coûts liés au soja ». Ce document était censé être [TRADUCTION] « une estimation indépendante des coûts et bénéfices de la production de soja ROUNDUP READY à l'exploitation agricole de Charles Rivett en 2004 ». Au rapport était joint un état des résultats non vérifié du défendeur, où l'on avait comparé les recettes et dépenses pour les exercices se terminant le 31 décembre 2004 et le

evidence of the report and also objected to the evidence of Mr. Fisher relating to the content of the report. The Court upheld that objection; these are the reasons for that ruling.

[14] The defendant had not complied with subsection 258(5) [as am. by SOR/2006-219, s. 2] of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] regarding Mr. Fisher's evidence as an expert and, pursuant to rule 279 [as am. by SOR/2006-219, s. 6], the evidence was not admissible unless the Court ordered otherwise. The Court was not prepared to exercise its discretion to admit the evidence of Mr. Fisher for the following reasons. Mr. Fisher's testimony was to be based on an income statement that had not previously been produced to the plaintiffs and thus there had been no opportunity for the plaintiffs to challenge its accuracy. The author of the income statement was not being called as a witness and, if the document was a business record, the provisions of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] had not been complied with. The income statement attached to the purported expert report was incomplete—it consisted of a single page from what appeared to be unaudited financial statements of the defendant. Further, the page directed the reader to "See Notice to Reader", which notice was not included and which may have been critically relevant. Accordingly, even if Mr. Fisher was qualified as an expert, his opinion evidence would be based on hearsay evidence that, in some respects, appeared to be contrary to the direct evidence that had previously been given by the defendant when he was on the stand. Given these circumstances, permitting the defendant to file the report as an exhibit or call Mr. Fisher as a witness would be unfair to the plaintiffs who had not had and would not have an opportunity to test the underlying data. The evidence offered, being based on hearsay evidence, would be given very little, if any, weight and thus it would not assist the Court in reaching the decisions required in this action.

[15] It is relevant to mention one other ruling that was made in the course of trial. The defendant produced a

31 décembre 2005. Les demandresses se sont opposées à ce que le rapport soit admis en preuve et à ce que M. Fisher témoigne relativement à sa teneur. La Cour a confirmé cette opposition, pour les motifs que je vais maintenant exposer.

[14] Le défendeur ne s'était pas conformé au paragraphe 258(5) [mod. par DORS/2006-219, art. 2] des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] quant au témoignage d'expert de M. Fisher et, en vertu de la règle 279 [mod. par DORS/2006-219, art. 6] des Règles, ce témoignage n'était donc pas admissible, sauf ordonnance contraire de la Cour. La Cour n'était pas disposée à exercer son pouvoir discrétionnaire et, pour les motifs qui vont suivre, à admettre le témoignage de M. Fisher. Ce témoignage allait se fonder sur un état des résultats qui n'avait pas été précédemment communiqué aux demandresses, de sorte que celles-ci n'avaient pas eu l'occasion d'en contester l'exactitude. L'auteur de l'état des résultats n'était pas appelé comme témoin et, si ce document constituait une pièce commerciale, les dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5] n'avaient pas été respectées. L'état des résultats joint au prétendu rapport d'expert était incomplet — il consistait en une seule page tirée de ce qui semblait être des états financiers non vérifiés du défendeur. De plus, on enjoignait au lecteur dans cette page de [TRADUCTION] « Voir l'avis au lecteur »; or on n'avait pas joint un tel avis, qui aurait pu s'avérer fortement pertinent. Par conséquent, même si M. Fisher avait été admis comme expert, son témoignage d'opinion aurait été fondé sur du ouï-dire semblant, à certains égards, contredire le témoignage présenté précédemment par le défendeur à la barre lors de son interrogatoire principal. Cela étant, permettre au défendeur de déposer le rapport comme pièce ou d'appeler M. Fisher comme témoin aurait été inéquitable pour les demandresses, qui n'avaient pas eu et n'auraient pas l'occasion de vérifier les renseignements en cause. La preuve présentée, se fondant du ouï-dire, se serait vu reconnaître une très faible valeur probante, voire aucune, et n'aurait donc pas aidé la Cour à rendre les décisions devant l'être dans la présente action.

[15] Il convient de mentionner une autre décision rendue au cours du procès. Le défendeur a produit lors

document at his examination for discovery that he had prepared and that purported to reflect the expenses he incurred to grow soybeans. He gave evidence at trial with respect to this document (Exhibit D-12). He indicated that in some instances, the figures he had put down reflected the average costs he incurred for that item. As an example, the document reflected an average cost of the land he leased. Other figures in the document reflected information obtained from the Ontario Federation of Agriculture that reflected the results of its research into various farming costs, for example, the average cost to operate particular pieces of farm equipment. The plaintiffs objected to this evidence.

[16] The Court ruled that the defendant could speak to information contained in the document he had prepared but that any information contrary to direct evidence before the Court of actual expenses incurred, or contrary to any of the agreed facts, would be given no weight. Further, it was indicated that little weight was likely to be given the evidence in so far as it relied on information obtained from third-party sources. However, as some of the information appeared to relate to the value of a farmer's labour and given the submission of the defendant that he ought to be given some credit for his own labour, the evidence was accepted, subject to weight, for that limited purpose. In light of my decision herein on that issue, the defendant's testimony regarding this document and Exhibit D-12, ultimately were not considered.

Issues

[17] The following are the issues requiring the Court's determination:

- a. What is the proper method to be employed by this Court in conducting an accounting of profits?
- b. What expenses were proved by Mr. Rivett to have been incurred or were otherwise properly deductible

de son interrogatoire préalable un document qu'il avait établi et qui était censé faire état des dépenses qu'il avait engagées pour cultiver le soja. Il a traité de ce document (pièce D-12) lors de son témoignage au procès. Dans certains cas, a-t-il dit, les chiffres qu'il avait écrits correspondaient aux coûts moyens engagés pour les postes en cause. Un coût moyen était écrit, par exemple, pour la location du terrain. D'autres chiffres dans le document correspondaient à des données émanant de recherches effectuées par la Fédération de l'agriculture de l'Ontario et portant sur divers coûts d'exploitation — comme le coût moyen de fonctionnement de machines agricoles — d'une entreprise agricole. Les demanderesse se sont opposées à l'admission de cette preuve.

[16] La Cour a statué que le défendeur pouvait faire état de renseignements figurant dans le document qu'il avait établi, mais qu'aucune force probante ne serait reconnue à tout renseignement contredisant la preuve directe dont elle était saisie quant aux dépenses véritablement engagées, ou contredisant des faits convenus. En tout état de cause, la Cour a-t-elle précisé, la preuve ne se verrait vraisemblablement pas accorder une grande importance dans la mesure où elle s'appuyait sur des renseignements obtenus de tiers. Toutefois, comme certains des renseignements semblaient liés à la valeur du travail d'un agriculteur et comme le défendeur soutenait qu'on devrait lui accorder crédit dans une certaine mesure pour son propre travail, la preuve a été admise — sans préjuger de la force probante à lui reconnaître —, mais uniquement pour cette fin restreinte. Étant donné ma décision en l'instance sur cette question, le témoignage du défendeur au sujet de ce document et de la pièce D-12 n'a finalement pas été pris en compte.

Les questions en litige

[17] La Cour doit trancher les questions suivantes :

- a. Quelle méthode convient-il pour la Cour de suivre pour procéder à une restitution des bénéfices?
- b. Quelles dépenses M. Rivett a-t-il prouvé avoir engagées ou étaient par ailleurs déductibles à bon droit

from the gross revenue he obtained from the sale of the infringing ROUNDUP READY soybean crop in 2004?

c. Applying that proper method of accounting of profits, what were the profits made by Mr. Rivett from the infringement that are to be disgorged?

d. Is the defendant liable to pay prejudgment and postjudgment interest and if so, in what amounts? and

e. Is the defendant liable to pay costs and if so, what is the quantum?

Analysis

a. What is the proper approach in this case to an accounting of profits?

[18] Paragraph 57(1)(b) of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, permits the Court, when there has been an infringement of a patent, to “make such order as the court or judge sees fit ... for and respecting inspection or account.” It is under this provision that this Court may require the infringer to render an account of the profits made because of the infringement and to disgorge those profits by paying them over to the patent holder. This is the equitable remedy of an accounting of profits.

[19] The Supreme Court in *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177, observed that an order requiring that the profits made as a consequence of the actions of the wrongdoer are to be disgorged may serve one or both of two equitable purposes. The first is described by the Court as a prophylactic purpose. Its focus is to deter the wrongdoer and others who might emulate his actions. The second is described by the Court as a restitutionary purpose. Its focus is to restore to the wronged party profit which properly belongs to him, but which has been wrongly appropriated by the wrongdoer.

[20] It is not necessary that both purposes be served in every case. If one assumes that the motive for the infringement is profit, then ordering a wrongdoer to

du revenu brut tiré par lui en 2004 de la vente de sa récolte de soja ROUNDUP READY contrefait?

c. Suivant la méthode qui convient pour la restitution des bénéfiques, quels bénéfiques tirés par M. Rivett de la contrefaçon doivent-ils être rendus?

d. Le défendeur doit-il payer les intérêts avant et après jugement et, le cas échéant, quel doit en être le montant?

e. Le défendeur doit-il payer les dépens et, le cas échéant, quel doit en être le montant?

Analyse

a. Quelle méthode convient-il de suivre en l’espèce pour procéder à une restitution des bénéfiques?

[18] L’alinéa 57(1)(b) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, autorise la Cour, lorsqu’il y a eu contrefaçon de brevet, à « rendre l’ordonnance qu’[elle] juge à propos de rendre [...] pour les fins et à l’égard de l’inspection ou du règlement de comptes ». C’est en vertu de cette disposition que la Cour peut exiger qu’un contrefacteur rende compte des bénéfiques réalisés par suite de la contrefaçon et restitue ces bénéfiques en les versant au titulaire du brevet. C’est là le recours en equity connu sous le nom de restitution des bénéfiques.

[19] Dans l’arrêt *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177, la Cour suprême a fait observer qu’une ordonnance enjoignant la restitution des profits tirés par le contrefacteur de ses actions pouvait viser l’un ou l’autre de deux objectifs d’equity. Il y a premièrement, selon la désignation de la Cour suprême, l’objectif de prévention, consistant principalement à décourager les actions du contrefacteur et de tout émulateur éventuel. Le deuxième objectif, selon l’expression de la Cour, est l’objectif de restitution, consistant principalement à restituer à la personne lésée les profits qui lui reviennent de bon droit, mais que le contrefacteur s’est approprié à tort.

[20] Il n’est pas nécessaire de viser les deux objectifs dans chaque cas. Si l’on présume que la contrefaçon a pour motif l’atteinte d’un profit, alors ordonner au

hand over those profits to the person who has been wronged will generally serve to deter that wrongdoer and others who might be like-minded.

[21] Unlike a compensatory award, a restitutionary award is not focused on restoring the wronged party to the position he would have been in but for the breach. The measure of restitution is the defendant's gain rather than the plaintiff's loss. As the Supreme Court noted in *Strother*, there are situations where, although the wrongdoer has profited, the wronged party has not suffered a corresponding loss. In those instances, one might be tempted to claim that the wronged party is unjustly enriched if he is awarded a sum in excess of his actual loss. That position was unsuccessfully argued by the defendant in *Bayer Aktiengesellschaft v. Apotex Inc.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 151 (Ont. S.C.J.), aff'd (2002), 16 C.P.R. (4th) 417 (Ont. C.A.) and was suggested by the defendant in this case. A trade news report was submitted in evidence in which it was asserted on behalf of the defendant that when caught by the plaintiffs he should only be required to compensate Monsanto for the sum he would otherwise have paid for the ROUNDUP READY seed which includes the licensing fee. If that were the proper measure of the award, then it would be compensatory in that Monsanto would be placed in the position it would have been in had the infringement not occurred. However, it could also leave some of the profits in the hands of the wrongdoer, which is precisely the inequity—the unjust enrichment—the restitutionary remedy seeks to address.

[22] While there will be instances where the effect of the disgorgement order is to put the wronged party back into the same position he would have been but for the wrong, that is the exceptional situation. Frequently, such as in *Strother*, the wronged party will receive more than his loss. The other side of the coin is that in some instances, the wronged party will recover less than his actual loss if this remedy is elected. The proper description of this second purpose, in my view, is not to restore the wronged party to the position in which he would have otherwise been; rather, it is to put the wrongdoer in the position he would otherwise have been

contrefacteur de remettre ces profits à la personne lésée servira généralement aussi à décourager le contrefacteur et toute personne aux vues similaires.

[21] Lorsqu'on accorde une mesure de restitution on ne vise pas, comme en accordant une mesure compensatoire, à rétablir la personne lésée dans la situation qui aurait été la sienne sans l'acte préjudiciable. La restitution est fonction, non de la perte du demandeur, mais bien du gain du défendeur. Il y a comme la Cour suprême l'a fait remarquer dans l'arrêt *Strother*, des situations où, bien que le transgresseur ait tiré un profit, la personne lésée n'a pas subi une perte correspondante. On pourrait être tenté de dire, dans ces situations, que la personne lésée s'enrichit indûment si une somme supérieure à sa perte véritable lui est accordée. Dans l'affaire *Bayer Aktiengesellschaft v. Apotex Inc.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 151 (C.S.J. Ont.), conf. par (2002), 16 C.P.R. (4th) 417 (C.A. Ont.), la défenderesse a fait valoir pareille prétention, sans succès, et le défendeur l'a également avancée en l'espèce. On a présenté au nom du défendeur une information de presse spécialisée donnant à ce dernier des raisons de penser que, s'il était découvert par les demandresses, il n'aurait à indemniser Monsanto que de la somme qu'il aurait dû verser, y compris les redevances, pour les semences ROUNDUP READY. Si la somme à octroyer correspondait bien à cela, elle aurait alors un caractère compensatoire, du fait que Monsanto se retrouverait dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de la contrefaçon. De la sorte, toutefois, certains profits resteraient entre les mains du transgresseur, ce qui constitue précisément l'iniquité — l'enrichissement sans cause — que la mesure de restitution cherche à contrer.

[22] Même s'il est des cas où l'effet d'une ordonnance de restitution est de replacer la personne lésée dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de transgression, il s'agit là d'exceptions. Plus fréquemment, comme dans l'arrêt *Strother*, la personne lésée recevra davantage que le montant de sa perte. Le revers de la médaille, c'est que parfois la personne lésée recouvrera moins que ce qu'elle a véritablement perdu si cette réparation est choisie. Il convient donc de décrire le second objectif, selon moi, comme visant non pas à rétablir la personne lésée dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de transgression, mais plutôt à

if he had not committed the wrong. In this sense, it is the wrongdoer who is being restored, through a disgorgement of profits, to the position that he would have been in had he not done the illegal act.

[23] Simply putting these plaintiffs back to the position they would have been but for the infringement is not appropriate in light of the remedy the plaintiffs have elected. If it were, then arguably neither equitable purpose would be achieved. At the level of principle, there is no deterrent from infringing the patent if what the infringer is required to hand over is the sum he would otherwise have paid to Monsanto to buy the seed and the licence. In fact, this would almost be counter to the purpose of deterrence. It is much like saying, as the plaintiffs put it in their oral submission, “Catch me if you can”. If caught, the defendant would be required to pay the sum he would have paid to use the patent in any event. When not caught, he is left with a windfall. The accounting remedy would lack any deterrent effect if defendants could use patented technology and retain the profits from such use subject only to paying a license fee as compensation if and when they are caught.

[24] It also fails to serve the second purpose of a disgorgement, namely returning the wrongdoer to the place he would have been but for wrongfully appropriating the property of the other. If the disgorgement of profits creates an alleged “windfall” to the patentee, the cause of that result is the illegal act of the infringer and it does not lie in his mouth to argue that it is he and not the patent holder who should retain any excess profits.

[25] Some time has been devoted to describing the purposes of this remedy as the plaintiffs made a number of submissions urging that the order of this Court must be a real deterrent to the defendant and others who may consider infringing the plaintiffs’ patent. This, it was argued, requires a consideration of the consequences of

placer le transgresseur dans la situation où il se serait trouvé s’il n’avait pas commis la transgression. En ce sens, c’est le transgresseur qui se trouve rétabli, par la restitution des profits, dans la situation qui aurait été la sienne s’il n’avait pas commis l’acte illégal.

[23] Simplement replacer les demandereses dans la situation qui aurait été la leur en l’absence de contrefaçon ne convient pas en l’espèce compte tenu de la réparation qu’elles ont choisie. Si on les replaçait dans cette situation, ni l’un ni l’autre objectif d’équité visé ne serait atteint, pourrait-on soutenir. Sur le plan des principes, on ne décourage pas la contrefaçon du brevet si ce qu’il est imposé au contrefacteur de rendre c’est la somme qu’il aurait dû verser à Monsanto pour acheter les semences de soja et la licence. Cela pourrait même en fait presque contrecarrer l’objectif de dissuasion. C’est un peu comme dire, tel que les demandereses l’ont exprimé dans leur plaidoirie : [TRADUCTION] « Essayez toujours de m’attraper pour voir ». Et s’il se faisait prendre, le défendeur devrait verser la somme qu’en tout état de cause il aurait dû payer pour exploiter le brevet. S’il ne se faisait pas prendre, il profiterait alors d’une « aubaine ». La réparation en restitution des bénéfices perdrait tout effet dissuasif si des défendeurs pouvaient exploiter une technologie brevetée et en conserver les profits, sous réserve uniquement de devoir payer des redevances à titre d’indemnité s’ils devaient jamais se faire prendre.

[24] Cela ne permet pas non plus d’atteindre le second objectif d’une restitution des bénéfices, à savoir remettre le transgresseur dans la situation qui aurait été la sienne s’il ne s’était pas approprié injustement la propriété d’autrui. Si alors la restitution des bénéfices devait occasionner une prétendue « aubaine » pour le titulaire de brevet, la cause en serait l’acte illégal du contrefacteur, qui se trouverait ainsi en mauvaise position pour soutenir que c’est lui, et non ce titulaire, qui devrait conserver tout profit excédentaire.

[25] Un certain temps a été consacré à la description des objectifs de la réparation, les demandereses ayant présenté diverses observations pour persuader la Cour de rendre une ordonnance qui décourage véritablement le défendeur ou toute autre personne pouvant envisager de contrefaire leur brevet. Il est nécessaire pour cela,

the actions from the perspective of a cost-benefit analysis. While deterrence is rightly one aspect of the remedy, one must not lose sight of the fact that the remedy is not intended to be punitive.

[26] The non-punitive nature of the accounting remedy was noted by Justice Rouleau in *Beloit Canada Ltd. v. Valmet Oy* (1994), 55 C.P.R. (3d) 433, at page 455 (F.C.T.D.), varied on other grounds (1995), 61 C.P.R. (3d) 271 (F.C.A.). He summarized the law in this regard and distinguished an accounting of profits from an award of damages as follows:

... damages may be compensatory or punitive according to whether they are awarded as a measure of the actual loss suffered by the plaintiff or as punishment for outrageous conduct and to deter future transgressions by the defendant. While an accounting of profits might serve to dissuade a defendant from pursuing its improper course of conduct, punishment does not play a role in its award. As an equitable remedy, its entire rationale is to redress wrongs, not to administer punishment. In *Ruff v. Swan* (1921), 20 O.W.N. 158 at p. 160, the Court noted “the object of the inquiry was to compensate the plaintiff, and not to punish the defendants”.

[27] Requiring the party at fault to disgorge the profits made from the infringement while ensuring that he is not being required to hand over more, requires that one focus on the causal connection between the act that infringes the invention and the profit, between the wrong and the remedy. Where there is no causal connection, there is no profit for which the infringer is required to account. An example of this situation is found in *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2001 FCT 256, 12 C.P.R. (4th) 204, affd 2002 FCA 309, [2003] 2 F.C. 165, revd 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902, about which much more will be said later in these reasons.

[28] It was submitted by the plaintiffs that there are three possible approaches to determining the profits of the infringer that are to be paid over to the patentee:

les demandereses ont-elles soutenu, d'examiner les conséquences des gestes posés en recourant à une analyse coûts-avantages. Or, bien que la dissuasion soit l'un des éléments de la réparation, il ne faut pas oublier que celle-ci n'est pas destinée à avoir un caractère punitif.

[26] Le juge Rouleau a souligné le caractère non punitif de la réparation en restitution dans la décision *Beloit Canada Ltée c. Valmet Oy*, [1994] A.C.F. n° 628 (1^{re} inst.) (QL), page 455, mod. pour d'autres motifs par [1995] A.C.F. n° 733 (C.A.) (QL). Il a résumé l'état du droit sur la question et distingué la restitution des bénéfices de l'attribution de dommages-intérêts, comme suit :

[...] les dommages-intérêts peuvent être compensatoires ou punitifs, selon qu'ils sont accordés à titre de mesure de la perte réelle subie par le demandeur ou à titre de punition pour la conduite outrageuse du défendeur ou pour décourager celui-ci de se livrer à des transgressions futures. La restitution des bénéfices pourrait servir à dissuader le défendeur [de continuer] sa conduite illicite, mais la punition n'a rien à voir avec l'octroi de cette réparation. En tant que réparation en *equity*, elle vise entièrement à réparer un préjudice, et non à infliger une punition. Dans l'arrêt *Ruff v. Swan* (1921) 20 O.W.N. 158 à la p. 160, la cour a fait remarquer que [TRADUCTION] « l'objet de l'enquête était d'indemniser le demandeur, et non de punir les défendeurs ».

[27] Exiger que la partie fautive restitue les bénéfices tirés de la contrefaçon, tout en s'assurant qu'elle n'ait pas à rendre davantage, nécessite de se pencher sur le lien causal entre l'acte contrefaisant l'invention et le bénéfice, et entre la transgression et la réparation. En l'absence de lien causal, il n'y a pas de bénéfice que le contrefacteur ait à remettre. On trouve un exemple de cette situation dans la décision *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2001 CFPI 256, conf. par 2002 CAF 309, [2003] 2 C.F. 165, inf. par 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902, dont il sera par la suite plus longuement question.

[28] Les demandereses ont soutenu qu'il y avait trois méthodes auxquelles il était possible de recourir pour le calcul des bénéfices du contrefacteur devant être restitués au titulaire de brevet :

a. The value based or differential profit approach;

b. The variable cost or incremental cost or differential cost approach; and

c. The full absorption or full cost approach.

Differential profit approach

[29] The differential profit approach requires that the Court compare the profits made by the infringer that are attributable to the invention and the profits that the infringer would have made if he had used the best non-infringing option. Using this approach, the analysis required is as follows:

a. Is there a casual connection between the profits made and the infringement? If there is none, then there are no profits that require an accounting.

b. If there is a causal connection, then what were the profits made by the infringer as a result of the infringement? This amount I shall describe as the gross profits of infringement.

c. Is there a non-infringing option that the infringer could have used?

d. If there is no non-infringing option, then the gross profits of infringement are to be paid over to the patentee.

e. If there is a non-infringing option, then what profit would the infringer have made, had he used that option? This amount I shall describe as the gross profits of non-infringement.

f. Where there was a non-infringing option available, the amount to be paid over to the patentee is the difference between the gross profits of infringement and the gross profits of non-infringement. This sum is the profit that is directly attributable to and that results from the infringement of the invention.

a. La méthode fondée sur la valeur ou du profit différentiel;

b. La méthode du coût variable, ou du coût marginal ou du coût différentiel;

c. La méthode du coût de revient complet ou de la totalité des coûts.

Méthode du profit différentiel

[29] La méthode du profit différentiel requiert de la Cour qu'elle compare les profits réalisés par le contrefacteur du fait de l'invention et ceux qu'il aurait réalisés en recourant à la meilleure solution non contrefaisante. Cette méthode appelle l'analyse qui suit :

a. Y a-t-il un lien causal entre les profits réalisés et la contrefaçon? En l'absence d'un tel lien, il n'y a pas de profits qu'il y ait lieu de remettre.

b. S'il y a bel et bien un lien causal, quels profits le contrefacteur a-t-il alors réalisés du fait de la contrefaçon? Ce montant, je le qualifierai de « profits bruts tirés de la contrefaçon ».

c. Le contrefacteur aurait-il pu recourir à une option exempte de contrefaçon?

d. En l'absence de solution non contrefaisante, les profits bruts tirés de la contrefaçon doivent être remis au titulaire de brevet.

e. S'il existait une solution non contrefaisante, quels profits le contrefacteur aurait-il tirés en y recourant? Je qualifierai cette fois ce montant de « profits bruts en l'absence de contrefaçon ».

f. Lorsqu'une solution non contrefaisante était disponible, le montant à verser au titulaire de brevet correspond à la différence entre les profits bruts tirés de la contrefaçon et les profits bruts qui auraient été tirés en l'absence de contrefaçon. Ce montant correspond au profit directement attribuable à la contrefaçon de l'invention et qui en découle.

Differential cost approach

[30] The differential cost approach involves no comparison or consideration of what might have been. The differential cost approach requires that the Court deduct from the gross revenue received by the infringer the variable or current expenses directly attributable to the infringement and any increased, fixed or capital expenses that are directly attributable to the infringement. Using this approach, the analysis required is as follows:

- a. What is the gross revenue the infringer received as a result of the infringement (the gross revenue)?
- b. Did the infringer incur any current expenses in infringing the patent; if so what is the total of those expenses (the current expenses)?
- c. Did the infringer incur any capital expenses directly related to infringing the patent; if so what is the total of those expenses (the capital expenses)?
- d. The amount to be paid over to the patentee is the gross revenue less the sum of the current expenses and the capital expenses.

[31] A current expense is one that usually reoccurs after a short period. In the context of this action, current expenses incurred in growing, harvesting, and selling a farm crop could include the expenses incurred in leasing land, hiring contractors to plant, cultivate and harvest the crop, costs incurred in purchasing fertilizers and herbicides, and the costs incurred in purchasing crop insurance. A capital expense generally gives a lasting benefit or advantage. In the context of this action, capital expenses incurred in growing, harvesting, and selling a farm crop could include the expense of any machinery that was purchased specifically and only in order to plant, cultivate or harvest the crop. Where that capital expense has uses other than those directed to the patented invention, then it may be appropriate to deduct only a portion of the expense.

Méthode du coût différentiel

[30] La méthode du coût différentiel ne requiert ni d'établir une comparaison ni de prendre en compte ce qui aurait pu être. Ce qu'elle requiert de la Cour, c'est de déduire du revenu brut obtenu par le contrefacteur les frais variables ou fixes ainsi que les dépenses courantes, supplémentaires et en immobilisations qui sont directement attribuables à la contrefaçon. Cette méthode appelle l'analyse qui suit :

- a. Quel revenu brut le contrefacteur a-t-il tiré de la contrefaçon (le revenu brut)?
- b. Le contrefacteur a-t-il engagé des dépenses courantes en contrefaisant le brevet? Dans l'affirmative, quel est le montant total de ces dépenses (les dépenses courantes)?
- c. Le contrefacteur a-t-il engagé directement des dépenses en immobilisations en contrefaisant le brevet? Dans l'affirmative, quel est le montant total de ces dépenses (les dépenses en immobilisations)?
- d. Le montant à verser au titulaire de brevet est le revenu brut moins la somme des dépenses courantes et des dépenses en immobilisations.

[31] Une dépense courante est une dépense qui doit habituellement être engagée de nouveau après une courte période. En l'espèce, les dépenses courantes engagées pour cultiver, moissonner et vendre la récolte d'une exploitation agricole pourraient comprendre les frais engagés pour affermer une terre, pour embaucher des entrepreneurs afin qu'ils plantent, cultivent et moissonnent la récolte, pour acheter des engrais et des herbicides et pour souscrire une assurance-récolte. Pour sa part une dépense en immobilisations confère généralement un avantage durable. En l'espèce les dépenses en immobilisations engagées pour cultiver, moissonner et vendre la récolte d'une exploitation agricole pourraient comprendre le coût de toute machine achetée à la seule fin de planter, de cultiver ou de moissonner la récolte. Lorsqu'une dépense en immobilisations vise aussi d'autres fins que celles liées à l'invention brevetée, il pourrait alors convenir de ne déduire qu'une partie de cette dépense.

Full cost approach

[32] The full cost approach increases the deductible expenses in the differential cost approach by also deducting from the revenue earned the relevant portion of the common costs incurred by the infringer. In the context of this action, where the infringer is using a patented seed but is also growing, harvesting and selling other crops from conventional seed, he will have costs that are incurred as a consequence of his farming operations, such as general insurance on his buildings and equipment, capital depreciation of equipment, and expenses for water and electricity. Using the full costs approach, a portion of these common costs would be deducted from the revenue earned by the infringer.

[33] If the full cost approach has ever been endorsed by this Court, it has not been of late. It has been rejected in *Teledyne Industries, Inc. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204 (F.C.T.D.); *Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp.* (1990), 30 C.P.R. (3d) 324 (F.C.T.D.), *affd* on this point (1990), 32 C.P.R. (3d) 385 (F.C.T.D.); *Hancor Inc. v. Systèmes de drainage modernes Inc.* (1991), 38 C.P.R. (3d) 62 (F.C.T.D.); and *Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.* (1998), 82 C.P.R. (3d) 466 (F.C.T.D.). Neither party advocated using the full cost approach in this case.

The appropriate approach in this case

[34] The plaintiffs submit that the appropriate approach to apply in this case is the differential cost approach. It is submitted that this approach has been followed in this Court and others for nearly 30 years since the decision in *Teledyne*. They acknowledge that the majority of the Supreme Court in *Schmeiser* stated [at paragraph 102] that “the preferred means of calculating an accounting of profits ... is the ... ‘differential profit’ approach” but submit that this statement must be limited to the particular facts of *Schmeiser* and could not have been intended by the Court to be an exposition of the whole of the law. In any event, the plaintiffs further submit that the statement

Méthode de la totalité des coûts

[32] En recourant à la méthode de la totalité des coûts, on accroît les dépenses qui sont déductibles selon la méthode du coût différentiel en déduisant également du revenu gagné la partie pertinente des coûts communs engagés par le contrefacteur. En l’espèce, lorsque le contrefacteur utilise des semences brevetées, mais cultive, moissonne et vend aussi d’autres récoltes obtenues de semences conventionnelles, il va y avoir des coûts qu’il engage en conséquence de son exploitation agricole, comme les frais d’une assurance générale garantissant ses bâtiments et son équipement, l’amortissement de son équipement et les frais pour l’eau et l’électricité. En recourant à la méthode de la totalité des coûts, une partie de ces coûts communs seraient déduits du revenu gagné par le contrefacteur.

[33] Si la Cour a jamais avalisé la méthode de la totalité des coûts, ce n’est pas de date récente. Cette méthode a été rejetée dans les décisions *Teledyne Industries, Inc. c. Lido Industrial Products Ltd.*, [1982] A.C.F. n° 1024 (1^{re} inst.) (QL); *Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp.*, [1990] A.C.F. n° 246 (1^{re} inst.) (QL), *conf.* sur ce point [1990] A.C.F. n° 952 (1^{re} inst.) (QL); *Hancor Inc. c. Systèmes de drainage modernes Inc.*, [1991] A.C.F. n° 628 (1^{re} inst.) (QL); *Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.*, [1998] A.C.F. n° 1205 (1^{re} inst.) (QL). Ni l’une ni l’autre partie n’a préconisé le recours à la méthode de la totalité des coûts en l’espèce.

Méthode qu’il convient d’utiliser en l’espèce

[34] Les demanderesse soutiennent que c’est la méthode du coût différentiel qu’il convient d’appliquer en l’espèce. Selon elles, c’est là la méthode que les tribunaux, et notamment la Cour, ont adoptée depuis qu’a été rendue la décision *Teledyne*, il y a près de 30 ans. Les demanderesse reconnaissent que les juges de la majorité à la Cour suprême ont déclaré, dans l’arrêt *Schmeiser* [au paragraphe 102], que la « méthode privilégiée de calcul des profits devant être remis est appelée [...] méthode du “profit différentiel” » mais, soutiennent-elles, la portée de cette déclaration doit être restreinte aux faits d’espèce dans l’arrêt *Schmeiser*, la Cour suprême n’ayant pu souhaiter faire de cette

must be seen in light of the fact that the Supreme Court ultimately did not apply the differential profit approach. The plaintiffs submit that applying the differential cost approach, the defendant must disgorge profit made in the amount of \$159 569.50.

[35] The defendant submits that this Court ought to use an approach similar to that used by Justice MacKay in his judgment at trial in *Schmeiser*. The plaintiffs submit that this is akin to the full cost approach discussed above. I do not think that is an accurate characterization of the approach urged on the Court by the defendant. The defendant has not submitted that all of the costs of his farming operation ought to be deducted from the gross revenue received from the sale of soybeans. Rather, the defendant urges the Court to credit him for some costs that were not directly incurred and paid, such as his own labour and expertise. The defendant described this as applying *Teledyne* in the manner Mr. Justice MacKay did at trial in *Schmeiser*. Mr. Schmeiser was not paid a salary for his work in farming but Mr. Justice MacKay held [at paragraph 137] that “his labour should be recognized in accounting of profits.” Applying its approach, the defendant submits that he has no profits to disgorge as he incurred a loss in his farming operations relating to the infringing crop.

[36] In my view, the decision of the Supreme Court in *Schmeiser* does not have the restricted application urged upon the Court by Monsanto.

[37] *Schmeiser* involved the same patent infringed by Mr. Rivett in this case. Mr. Schmeiser was a farmer in Saskatchewan. In 1998 he planted ROUNDUP READY canola but did not purchase the seed from Monsanto nor did he execute the Monsanto technology use agreement. He claimed that his crop had been contaminated from neighbouring crops of ROUNDUP READY canola and that he had not deliberately planted any seed containing the patented gene. However, the

déclaration un exposé du droit dans son ensemble. Les demanderessees ajoutent qu’en tout état de cause, il faut prendre en considération le fait, en interprétant cette déclaration, que la Cour suprême n’a en fin de compte pas appliqué la méthode du profit différentiel. Les demanderessees soutiennent que, si l’on applique la méthode du coût différentiel, le défendeur devra restituer un bénéfice réalisé de 159 569,50 \$.

[35] Le défendeur soutient pour sa part que la Cour devrait recourir à une méthode semblable à celle utilisée en première instance par le juge MacKay dans la décision *Schmeiser*. Or, selon les demanderessees, cette méthode s’apparente à celle abordée ci-dessus de la totalité des coûts. Je n’estime toutefois pas que, de la sorte, on qualifie de manière exacte la méthode que le défendeur presse la Cour d’adopter. Ce dernier n’a pas soutenu qu’il fallait déduire l’ensemble des coûts engagés par son exploitation agricole du revenu brut tiré de la vente de soja. Le défendeur demande plutôt à la Cour de lui créditer certains coûts qui n’ont pas été directement engagés ou payés, comme son propre travail et sa propre expertise. Le défendeur a dit qu’il s’agissait là d’appliquer la décision *Teledyne* comme l’a fait le juge MacKay en première instance dans la décision *Schmeiser*. M. Schmeiser ne recevait pas de salaire pour son travail d’exploitation agricole, mais le juge MacKay a statué [au paragraphe 137] que « son travail devrait être reconnu dans la comptabilisation des profits ». Le défendeur soutient ainsi que, si l’on applique cette méthode, il n’aura pas de bénéfice à restituer, du fait que ses activités agricoles liées à la récolte issue de la contrefaçon ont résulté en une perte.

[36] À mon avis, l’arrêt *Schmeiser* de la Cour suprême n’a pas la portée restreinte que Monsanto demande à la Cour de lui reconnaître.

[37] L’arrêt *Schmeiser* mettait en cause le même brevet que celui contrefait par M. Rivett en l’espèce. M. Schmeiser avait une exploitation agricole en Saskatchewan. En 1998, il a semé du canola ROUNDUP READY, sans toutefois en avoir acheté les graines à Monsanto ni avoir signé l’entente sur les utilisations technologiques de celle-ci. M. Schmeiser a soutenu que sa récolte avait été contaminée par les récoltes avoisinantes de canola ROUNDUP READY et qu’il

trial Judge found that Mr. Schmeiser knew or ought to have known in 1998 when he planted the crop that the canola seed he planted was ROUNDUP READY seed. In 1997, Mr. Schmeiser had saved seed from a road allowance adjacent to his fields which had survived herbicide spray and planted that seed and seed from his previous crop in 1998. He knew what he was planting and he knew that Monsanto had a patent on it. Accordingly, he was not an innocent infringer.

[38] The Supreme Court found that Mr. Schmeiser, in planting and cultivating the seed, had “used” the patented cell and gene technology contrary to section 42 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16] of the *Patent Act*. The Court was not inclined to the view that he was “making” or “constructing” anything in breach of the patent within the meaning of section 42, but withheld a decided opinion on those questions.

[39] As noted, the benefit of ROUNDUP READY seed is that the farmer can spray his field with glyphosate herbicide after the seed has sprouted and only the weeds will be affected. The plant growing from the ROUNDUP READY seed, unlike the plant growing from a conventional seed, will not be affected. The evidence at trial was that although Mr. Schmeiser had planted ROUNDUP READY canola seed he did not spray that crop with glyphosate herbicide after the seed sprouted. Therefore, in all respects he farmed the crop exactly as he would have if it had been grown from conventional canola seed.

[40] At trial the defendant argued that he had made no profit from the sale of the canola crop that was grown from the ROUNDUP READY canola because he earned the same from the sale of the crop as he would have had he planted conventional canola. The trial Judge rejected that submission holding that Monsanto was entitled to recover the profit from the sale of the crop, not any increase in profit that might have resulted from the

n’avait délibérément semé aucune graine contenant le gène breveté. Le juge de première instance a toutefois conclu que M. Schmeiser savait ou aurait dû savoir en 1998 que les graines de canola qu’il avait semées étaient des graines ROUNDUP READY. En 1997, M. Schmeiser avait conservé des graines se trouvant dans une réserve routière bordant ses champs et qui avaient survécu à l’arrosage d’herbicide, et, en 1998, avait semé ces graines ainsi que d’autres provenant de sa récolte antérieure. Il savait quelles graines il semait et savait que Monsanto disposait d’un brevet sur celles-ci. M. Schmeiser n’était donc pas un contrefacteur innocent.

[38] La Cour suprême a pour sa part conclu qu’en semant et cultivant les graines de canola, M. Schmeiser avait « exploité » la cellule et la technologie génétique brevetées en contravention de l’article 42 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16] de la *Loi sur les brevets*. La Cour suprême n’était par ailleurs pas portée à croire que M. Schmeiser avait contrefait le brevet en « fabriquant » ou « construisant » quoi que ce soit au sens de l’article 42, mais elle n’a pas exprimé d’opinion définitive sur ces questions.

[39] Je l’ai dit, l’avantage du recours aux graines ROUNDUP READY, c’est que l’agriculteur peut pulvériser ses champs d’herbicide à base de glyphosate après la germination, et que seules les mauvaises herbes en seront alors atteintes. Les plantes produites à partir de semences ROUNDUP READY, contrairement à celles produites à partir de semences conventionnelles, ne seront pas atteintes. Selon la preuve présentée au procès, bien que M. Schmeiser ait semé des graines de canola ROUNDUP READY, il n’avait pas pulvérisé d’herbicide à base de glyphosate après la germination de la récolte. À tous égards, ainsi, il avait fait pousser sa récolte exactement de la même manière qu’il aurait fait en utilisant des graines de canola conventionnelles.

[40] Au procès, le défendeur a soutenu n’avoir tiré aucun profit de la vente de la récolte de canola produite à partir de semences ROUNDUP READY puisqu’il avait gagné la même chose en vendant cette récolte qu’il aurait gagné s’il avait semé des graines de canola conventionnelles. Le juge de première instance a rejeté cette prétention, statuant que c’étaient les bénéfices provenant de la vente de la récolte que Monsanto pouvait

ROUNDUP READY canola crop over a conventional seed crop [at paragraph 135]:

For the defendants it is urged there were no measurable profits earned from sale of the 1998 crop even if it did include the plaintiffs' patented gene. The argument is based on the assumption that the defendants would have earned the same profits on sale of a canola crop that did not contain the gene. That is no answer to the issue of profits from sale of the crop which I have found contained the plaintiffs' patented gene and cells. It is the profit from sale of that crop that plaintiffs may claim, not the difference between sale of that crop and sale of an alternative crop that was not grown.

The Federal Court of Appeal endorsed this view at paragraph 79 of its reasons for judgment in *Schmeiser*.

[41] In allowing the appeal by Mr. Schmeiser, the Supreme Court rejected that approach and endorsed the differential profit approach to an accounting of profits in five short paragraphs that are worth reproducing in their entirety (at paragraphs 101–105):

It is settled law that the inventor is only entitled to that portion of the infringer's profit which is causally attributable to the invention: *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1997] 2 F.C. 3 (C.A.); *Celanese International Corp. v. BP Chemicals Ltd.*, [1999] R.P.C. 203 (Pat. Ct.), at para. 37. This is consistent with the general law on awarding non-punitive remedies: "[I]t is essential that the losses made good are only those which, on a common sense view of causation, were caused by the breach" (*Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at p. 556, *per* McLachlin J. (as she then was), quoted with approval by Binnie J. for the Court in *Cadbury Schweppes Inc. v. FBI Foods Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 142, at para. 93).

The preferred means of calculating an accounting of profits is what has been termed the value-based or "differential profit" approach, where profits are allocated according to the value contributed to the defendant's wares by the patent: N. Siebrasse, "A Remedial Benefit-Based Approach to the

recouvrer, et non pas seulement la différence entre les profits de la vente de la récolte de canola ROUNDUP READY et ceux de la vente d'une récolte obtenue à partir de graines de canola conventionnelles [au paragraphe 135] :

Les défendeurs affirment que la vente de la récolte de 1998 ne leur a procuré aucun profit mesurable et ce, même si cette récolte contenait le gène breveté des demandereses. Cet argument repose sur l'hypothèse suivant laquelle les défendeurs auraient réalisé les mêmes profits en vendant une récolte de canola qui n'aurait pas contenu le gène. Cet argument ne répond pas à la question des profits réalisés grâce à la vente de la récolte qui, selon mes constatations, contenait le gène et les cellules brevetés des demandereses. Ce sont les bénéfices provenant de la vente de cette récolte que les demandereses peuvent réclamer, et non la différence entre les profits de la vente de cette récolte et ceux de la vente d'une récolte de plantes qui n'ont pas été cultivées.

La Cour d'appel fédérale a souscrit à cet avis dans ses propres motifs de jugement dans l'arrêt *Schmeiser* (au paragraphe 79).

[41] Accueillant le pourvoi interjeté par M. Schmeiser, la Cour suprême a rejeté cette méthode et choisi celle du profit différentiel pour le calcul de la restitution des bénéfices, en cinq courts paragraphes qu'il vaut la peine de reproduire en leur entier (aux paragraphes 101 à 105) :

Il est bien établi que l'inventeur a seulement droit à la remise de la portion des profits réalisés par le contrefacteur, qui a un lien de causalité avec l'invention : *Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée*, [1997] 2 C.F. 3 (C.A.); *Celanese International Corp. c. BP Chemicals Ltd.*, [1999] R.P.C. 203 (Pat. Ct.), par. 37. Cela est conforme à la règle générale qui s'applique en matière de réparation non punitive : « il est essentiel que les pertes compensées soient seulement celles qui, selon une conception normale du lien de causalité, ont été causées par le manquement » (*Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, p. 556, la juge McLachlin (plus tard Juge en chef), cité et approuvé, au nom de la Cour, par le juge Binnie dans l'arrêt *Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 142, par. 93).

La méthode privilégiée de calcul des profits devant être remis est appelée méthode fondée sur la valeur ou méthode du « profit différentiel », qui consiste à calculer les profits en fonction de la valeur que le brevet a permis aux marchandises du défendeur d'acquérir : N. Siebrasse, « A Remedial

Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms” (2004), 20 *C.I.P.R.* 79. A comparison is to be made between the defendant’s profit attributable to the invention and his profit had he used the best non-infringing option: *Collette v. Lasnier* (1886), 13 S.C.R. 563, at p. 576, also referred to with approval in *Colonial Fastener Co. v. Lightning Fastener Co.*, [1937] S.C.R. 36. [Emphasis added.]

The difficulty with the trial judge’s award is that it does not identify any causal connection between the profits the appellants were found to have earned through growing Roundup Ready Canola and the invention. On the facts found, the appellants made no profits as a result of the invention.

Their profits were precisely what they would have been had they planted and harvested ordinary canola. They sold the Roundup Ready Canola they grew in 1998 for feed, and thus obtained no premium for the fact that it was Roundup Ready Canola. Nor did they gain any agricultural advantage from the herbicide resistant nature of the canola, since no finding was made that they sprayed with Roundup herbicide to reduce weeds. The appellants’ profits arose solely from qualities of their crop that cannot be attributed to the invention.

On this evidence, the appellants earned no profit from the invention and Monsanto is entitled to nothing on their claim of account.

[42] The plaintiffs rely on what is claimed to be 30 years of jurisprudence applying the differential cost approach. They also referred the Court to an article written by David A. Aylen and Matthew J. Graff, “The ‘Differential Profit’ Approach in *Monsanto*” in *The Return of the Six-Minute Intellectual Property Law Lawyer*, November 10, 2004, Continuing Legal Education, Law Society of Upper Canada, in support of their position. Aylen and Graff argue that the “best non-infringing option” has not been an established aspect to the accounting remedy, and question whether the Supreme Court intended for this approach to be broadly applied. They suggest that the Court fashioned this remedy in the *Schmeiser* case “to absolve the defendant of pecuniary liability since he appeared to the court as an ‘innocent user’”.

Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms » (2004), 20 *C.I.P.R.* 79. Il faut comparer le profit que l’invention a permis au défendeur e réaliser à celui que lui aurait permis de réaliser la meilleure solution non contrefaisante (*Collette c. Lasnier* (1886), 13 R.C.S. 563, p. 576, aussi mentionné avec approbation dans l’arrêt *Colonial Fastener Co. c. Lightning Fastener Co.*, [1937] R.C.S. 36). [Non souligné dans l’original.]

Le problème est que, en ordonnant la remise des profits, le juge de première instance n’a fait état d’aucun lien de causalité entre l’invention et les profits que, selon lui, les appelants ont tirés de la culture de canola Roundup Ready. D’après les faits constatés, les appelants n’ont réalisé aucun profit dû à l’invention.

Ils ont réalisé exactement les mêmes profits que s’ils avaient planté et récolté du canola ordinaire. Ils ont vendu, comme aliment pour animaux, le canola Roundup Ready cultivé en 1998 et n’ont donc pas obtenu un meilleur prix du fait qu’il s’agissait de canola Roundup Ready. Sur le plan agricole, les appelants n’ont également tiré aucun avantage de la résistance du canola à l’herbicide, vu l’absence de conclusion qu’ils ont pulvérisé de l’herbicide Roundup pour diminuer la présence des mauvaises herbes. Les profits des appelants découlaient uniquement des caractéristiques de leur récolte qui ne sont pas attribuables à l’invention.

Selon la preuve produite en l’espèce, les appelants n’ont tiré aucun profit de l’invention et Monsanto n’a droit à rien en ce qui concerne sa demande de remise.

[42] Les demandresses s’appuient sur l’existence prétendue d’une jurisprudence de 30 ans ayant appliqué la méthode du coût différentiel. Pour étayer leur thèse, ils ont également renvoyé la Cour à un article rédigé par David A. Aylen et Matthew J. Graff, « The “Differential Profit” Approach in *Monsanto* » dans *The Return of the Six-Minute Intellectual Property Law Lawyer*, 10 novembre 2004, Formation juridique permanente, Barreau du Haut-Canada. Les auteurs Aylen et Graff soutiennent que la « meilleure solution non contrefaisante » n’a jamais constitué un élément reconnu de la réparation en restitution des bénéficiaires, et ils s’interrogent quant à savoir si la Cour suprême souhaitait l’application généralisée de cette méthode. Selon eux, la Cour suprême aurait pu concevoir cette réparation dans l’arrêt *Schmeiser* [TRADUCTION] « pour soustraire le défendeur à toute obligation pécuniaire parce qu’il lui semblait être un “exploitant innocent” ».

[43] The “innocent user” is a term used by Professor Norman Siebrasse in his paper [“A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent User Problem in the Patenting of Higher Life Forms” (2004), 20 *C.I.P.R.* 79], cited by the Supreme Court in *Schmeiser*, to describe someone who, through no fault of his own finds plants from patented seed growing on his land. This is said to be possible when dealing with higher life forms such as the ROUNDUP READY seed which is more likely to escape from a planted field onto other land. He asks whether that innocent user, that farmer, ought to be liable for patent infringement in those circumstances. This, he writes [at page 79] “is the problem of the innocent user.” As we have seen, the findings of fact regarding Mr. Schmeiser and the ROUNDUP READY canola growing on his farm remove him from the innocent user category. He planted the crop knowing what it was and he took active steps to ensure that most of the crop he planted was from ROUNDUP READY seed. The Supreme Court at paragraph 95 of the majority judgment writes: “[O]n the facts found by the trial judge, Mr. Schmeiser was not an innocent bystander; rather, he actively cultivated Roundup Ready Canola.” On this basis alone, one may reject the plaintiffs’ claim that *Schmeiser* has to be read as the Court fashioning a remedy to absolve the defendant of his innocent use of the patented seed.

[44] The plaintiffs, together with Messrs. Aylen and Graff, submit that had the Supreme Court intended to overrule 30 years of precedent it would have addressed *Teledyne* and subsequent jurisprudence. That the Court did not do so, they submit, supports their position that the Court was addressing the equity demanded in the particular facts in *Schmeiser*. I am not persuaded that the Supreme Court’s stated preference for the differential profit approach can or should be so narrowly construed.

[43] L’expression « exploitant innocent » a été utilisée par le professeur Norman Siebrasse, dans sa communication [« A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent User Problem in the Patenting of Higher Life Forms » (2004), 20 *C.I.P.R.* 79] que la Cour suprême a citée dans l’arrêt *Schmeiser*, pour décrire la partie qui, sans avoir commis aucune faute, trouve sur son terrain des plantes produites à partir de semences brevetées. Cela serait possible lorsqu’on a affaire à une forme vivante supérieure comme les graines ROUNDUP READY, davantage susceptibles d’essaimer d’un terrain cultivé vers un autre. Le P^r Siebrasse se demande si en de telles circonstances l’on devrait tenir l’agriculteur en cause, exploitant innocent, responsable pour contrefaçon de brevet. C’est là, écrit-il [à la page 79], [TRADUCTION] « le problème de l’exploitant innocent ». Comme je l’ai dit, les conclusions de fait tirées quant à M. Schmeiser et au canola ROUNDUP READY cultivé sur sa ferme soustraient ce dernier de la catégorie des exploitants innocents. Il a ensemencé son terrain en connaissance de cause et il a pris des mesures pour s’assurer que la plus grande part de sa récolte proviendrait de graines ROUNDUP READY. Les juges de la majorité ont écrit ce qui suit dans le jugement de la Cour suprême (au paragraphe 95) : « [D]’après les faits constatés par le juge de première instance, M. Schmeiser n’était pas un contrefacteur innocent; au contraire, il a cultivé du canola Roundup Ready ». Sur ce fondement seul, il serait possible de rejeter la prétention des demanderesse selon laquelle il conviendrait de voir dans l’arrêt *Schmeiser* la conception par la Cour suprême d’une réparation en vue de soustraire le défendeur aux conséquences de son exploitation innocente de la semence brevetée.

[44] Les demanderesse soutiennent, tout comme MM. Aylen et Graff, que si la Cour suprême avait souhaité écarter une règle jurisprudentielle trentenaire, elle aurait traité de *Teledyne* et des décisions subséquentes. Que la Cour suprême ne l’ait pas fait, soutiennent-ils, étaye leur thèse portant qu’elle visait à trouver une solution équitable adaptée aux faits d’espèce dans l’arrêt *Schmeiser*. Je ne suis toutefois pas convaincu, à ce sujet, que la préférence exprimée par la Cour suprême pour la méthode du profit différentiel puisse ou doive être interprétée de manière si restrictive.

[45] The Supreme Court relies heavily on and arguably adopts Professor Siebrasse' analysis of an accounting of profits. He argues for the differential profits approach as the proper methodology to be used in an accounting of profits because it equitably addresses the innocent user problem. That does not mean that he limits its application only to the innocent user problem; rather, his thesis is that because this approach addresses the innocent user problem, it is the proper approach to follow when performing an accounting of profits in any situation.

[46] An appropriate starting point to the discussion, and that used by Professor Siebrasse, is the observation that it has long been held that there are occasions when, in spite of there being an infringement, an accounting of profits, to be equitable, requires an apportionment of the profits made between the infringer and the patentee. He writes [at page 83]:

It is uncontroversial that an apportionment is sometimes necessary. It is also universally acknowledged that the governing principle is that the patentee is only entitled to that portion of the infringer's profit that is causally attributable to the infringement.

[47] Sometimes, the patentee will be entitled to nothing because none of the profits are causally attributable to the invention. In this scenario it may be that notwithstanding that the wrongdoer used the patented product, none of the profits so earned were as a result of using the invention. The *Schmeiser* case is an illustration of this scenario as was subsequently explained by Justice Binnie in *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, at paragraph 52. He noted there that linking the making of a profit to the use of the patented product is insufficient. When performing an accounting of profits the causal link must be between the profits made and the invention that is protected.

As pointed out by this Court in *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, [2004] 1 S.C.R. 902, 2004 SCC 34, the patented *invention* is not necessarily co-extensive with the patent *claims*. The distinction was critical in that case to the issue of remedy. While farmer Schmeiser had used the patented

[45] La Cour suprême s'est fortement appuyée sur l'analyse faite par le P^r Siebrasse du concept de restitution des bénéfices et, il est permis de croire qu'elle a entériné cette analyse. Le P^r Siebrasse favorise le recours à la méthode du profit différentiel pour le calcul des profits à remettre parce qu'elle apporte une solution équitable au problème de l'exploitant innocent. Ce n'est pas à dire que le P^r Siebrasse restreint l'application de cette méthode au seul problème de l'exploitant innocent; sa thèse veut plutôt que, comme cette méthode trouve solution à ce problème, ce soit celle qu'il convient de suivre lorsqu'on procède en toute situation à une restitution des bénéfices.

[46] Un point de départ pouvant convenir à la discussion, auquel recourt le P^r Siebrasse, c'est l'observation selon laquelle il est établi de longue date qu'il y a des occasions où, bien qu'il y ait contrefaçon, pour qu'une restitution des bénéfices s'avère équitable, la répartition de ceux-ci est requise entre le contrefacteur et le titulaire de brevet. Le P^r Siebrasse a écrit ce qui suit à ce sujet [à la page 83] :

[TRADUCTION] Nul ne conteste qu'une répartition soit parfois nécessaire. Il est aussi universellement reconnu comme principe fondamental que le titulaire de brevet a droit à la portion du profit du contrefacteur qui est directement attribuable à la contrefaçon.

[47] Parfois le titulaire de brevet n'aura droit à rien puisque nul profit n'est directement attribuable à l'invention. Il se peut ainsi que, bien que le transgresseur ait exploité le produit breveté, nul profit qu'il a pu réaliser ne résultait de l'exploitation de l'invention. L'affaire *Schmeiser* constitue une illustration d'un tel scénario, comme l'a plus tard expliqué le juge Binnie dans l'arrêt *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, au paragraphe 52. Selon le juge Binnie, il ne suffit pas d'établir un lien entre la réalisation d'un profit et l'exploitation du produit breveté. Aux fins d'une restitution des bénéfices, le lien de causalité doit exister entre les profits réalisés et l'invention protégée.

Ainsi que la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, [2004] 1 R.C.S. 902, 2004 CSC 34, l'*invention* brevetée ne correspond pas nécessairement aux *revendications* du brevet. Dans cette affaire, cette distinction était cruciale pour la question de la réparation. S'il est vrai que

product (Roundup Ready Canola seed), he had not taken advantage of the patented *invention* (its herbicide resistant property) because he had not sprayed his crop with Roundup. The Court thus rejected Monsanto's claim to Schmeiser's profits from his canola crop.

The difficulty with the trial judge's award is that it does not identify any causal connection between the profits the appellants were found to have earned through growing Roundup Ready Canola and the invention. On the facts found, the appellants made no profits as a result of the invention. [Emphasis in original; para. 103.]

[48] Sometimes, the patentee will be entitled to all of the wrongdoer's profits derived from the invention without any offset because all of the profits are causally attributable to the infringement of the invention. In this scenario it may be said that but for the infringement, the infringer would have earned no profits. The U.S. case of *Manufacturing Company v. Cowing*, 105 U.S. 253 (1881), discussed by Professor Siebrasse, is an example of this scenario. The patent there in issue was for an improvement to a pump. The Circuit Court had held that the defendants were only liable to disgorge the profits that would have been realized from the sale of the patented part separately. The U.S. Supreme Court rejected that view, holding that it is necessary to contrast the profits made by infringing the patent to those that otherwise would have been made. It found that the patented part was such an important improvement to the pump that but for that part, no other pump could, at that time have been sold. Thus, without the infringement, no sales could have been made and thus no profits made. Therefore, the Court awarded the entirety of the defendant's profits to the plaintiff.

[49] A similar illustration may be found in *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 F.C. 483 (C.A.). In *Reading & Bates* the infringer had used the defendant's patented method when installing a gas pipeline under the St. Lawrence River. It was found that alternative methods, if they were even capable of success, were likely to result in no profit being earned by the defendant given the contracted fee. Therefore, although the Court awarded all of the defendant's profits to the plaintiff saying that one had to

l'agriculteur, M. Schmeiser, avait utilisé le *produit* breveté (des graines de canola Roundup Ready), il n'avait tiré aucun avantage de l'*invention* brevetée (sa résistance à l'herbicide) parce qu'il n'avait pas pulvérisé de Roundup sur ses cultures. La Cour a ainsi débouté Monsanto de sa prétention aux profits que Schmeiser avait tirés de sa récolte de canola :

Le problème est que, en ordonnant la remise des profits, le juge de première instance n'a fait état d'aucun lien de causalité entre l'invention et les profits que, selon lui, les appelants ont tirés de la culture de canola Roundup Ready. D'après les faits constatés, les appelants n'ont réalisé aucun profit dû à l'invention. [Souligné dans l'original; par. 103.]

[48] Parfois le titulaire de brevet aura droit à tous les profits tirés par le transgresseur de l'invention, sans qu'on ait à opérer la moindre compensation, parce que tous ces profits sont directement attribuables à la contrefaçon de l'invention. Dans pareil cas, l'on peut dire qu'en l'absence de contrefaçon, le contrefacteur n'aurait réalisé aucun profit. L'arrêt états-unien *Manufacturing Company v. Cowing*, 105 U.S. 253 (1881), dont a traité le P^r Siebrasse, constitue un exemple d'un tel scénario. Le brevet alors en cause visait une amélioration apportée à une pompe. La Cour de circuit avait statué que les défendeurs n'étaient tenus de restituer que les bénéfices qui auraient été réalisés par la vente distincte de la partie brevetée. La Cour suprême des États-Unis a rejeté cet avis et statué qu'il était nécessaire de comparer les profits réalisés en contrefaisant le brevet avec ceux qui l'auraient été en l'absence de contrefaçon. Elle a conclu que la partie brevetée constituait une amélioration si importante apportée à la pompe que, n'eût été cette partie, aucune autre pompe n'aurait pu être vendue à l'époque en cause. En l'absence de contrefaçon, ainsi, il n'y aurait eu aucune vente et donc aucun profit. La Cour suprême a par conséquent attribué à la demanderesse la totalité des profits réalisés par le défendeur.

[49] L'arrêt *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 C.F. 483 (C.A.), peut également être cité en exemple. Dans cette affaire, le contrefacteur avait exploité la méthode brevetée de la demanderesse lorsqu'il avait installé un gazoduc sous le fleuve Saint-Laurent. On a conclu que la défenderesse n'aurait vraisemblablement réalisé aucun profit, compte tenu de la rétribution convenue, si elle avait recouru à des méthodes de substitution, si tant est qu'elles auraient pu être couronnées de succès.

look at the profits actually made and not at the profits that could have been made if a non-infringing method had been used, the result was the same. As will be discussed below, *Reading & Bates* is also important in that the Court was prepared to consider the profits that would have been made had a hypothetical alternative been used, but in the event it did not, as the defendant failed to satisfy its burden of proof as to the profits likely to be generated from that hypothetical alternative.

[50] Sometimes the profits earned must be divided between the infringer and the patentee because, while the infringer earned profits, only a part of those profits are causally attributable to the invention. In this scenario it may be said that because of the infringement the infringer earned greater profits than would otherwise have been earned. This requires a comparison between the profits earned as a result of the infringement and the profits that would otherwise have been earned. An illustration of this scenario may be found in *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1997] 2 F.C. 3 (C.A.).

[51] In *Lubrizol* the patentee had invented a dispersant additive for motor oil and had obtained a patent for motor oil with that additive. Imperial Oil sold motor oil with that additive and the patentee submitted that it was entitled to all of the profits from the sale of the motor oil. The Court of Appeal rejected that submission on the basis that the profits to which Lubrizol was entitled were those directly and causally related to the use of its invention only [at paragraph 15]:

The remedy of an account of profits is an equitable one. Its purpose is not to punish the defendant but simply to have him surrender the actual profits he has made at the plaintiff's expense. But if some part of Imperial's profit on the infringing sales can be shown to have been due not to the appropriation of the Lubrizol invention but to some other factor where is the equity? We were told that Lubrizol contends that Imperial's motor oil infringes another of its patents and has sued in respect thereof. May the same profits be claimed a second

Ainsi, bien que la Cour ait attribué tous les profits de la défenderesse à la demanderesse en déclarant qu'il fallait tenir compte des profits effectivement réalisés et non de ceux qui auraient pu l'être si l'on avait recouru à une méthode non contrefaisante, le résultat atteint a été le même. Comme on le précisera par la suite, l'arrêt *Reading & Bates* est également important du fait que la Cour était disposée à prendre en considération les profits qui auraient été réalisés en cas de recours à une hypothétique méthode de substitution; elle ne l'a toutefois pas fait, en tout état de cause, la défenderesse ne s'étant pas acquittée du fardeau de preuve lui incombant quant aux profits susceptibles de découler d'un tel recours.

[50] Parfois les profits gagnés doivent être divisés entre le titulaire de brevet et le contrefacteur parce que, bien que ce dernier ait réalisé des profits, seule une partie d'entre eux sont directement attribuables à l'invention. Dans un tel cas, on peut dire que le contrefacteur a réalisé de plus grands profits qu'il n'en aurait eus en raison de la contrefaçon. Une telle situation nécessite de comparer les profits réalisés du fait de la contrefaçon et les profits qui, en son absence, auraient été gagnés. L'on peut trouver un exemple d'un tel scénario dans l'arrêt *Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée*, [1997] 2 C.F. 3 (C.A.).

[51] Dans l'arrêt *Lubrizol*, le titulaire de brevet avait inventé un additif dispersant pour l'huile à moteur et avait obtenu un brevet pour l'huile à moteur contenant cet additif. L'Impériale ayant vendu de l'huile à moteur contenant cet additif, le titulaire de brevet a prétendu avoir droit à tous les profits tirés de sa vente. La Cour d'appel a rejeté cette prétention au motif que les profits auxquels Lubrizol avait droit étaient uniquement ceux directement liés et imputables à l'exploitation de l'invention [au paragraphe 15] :

Le recours qui consiste en l'établissement des comptes relatifs aux bénéfices est un recours fondé sur l'*equity*. Il n'a pas pour objet de punir le défendeur, mais simplement d'amener celui-ci à remettre les bénéfices véritables qu'il a réalisés aux dépens du demandeur. Mais où est l'équité s'il est possible de démontrer qu'une partie des bénéfices réalisés par l'Impériale en raison de la vente de produits contrefaits est attribuable non pas à l'appropriation de l'invention de Lubrizol, mais à un autre facteur? La Cour a appris que

time? And if not by Lubrizol what of some third party patentee who likewise claims infringement? And even if no other patents were involved, to allow Lubrizol to take profits which Imperial succeeds in showing were solely attributable to some non-infringing feature of its motor oil would be to judicially sanction Lubrizol's unjust enrichment at Imperial's expense.

[52] *Lubrizol* involved a situation where the patented product was made a part of another product and the Court held that the profit to be disgorged was the difference between the two; in that way the profits disgorged were those with the appropriate causal link, that is, those profits made as a result of the invention.

[53] The application of the differential profit approach in these cases shows why it is to be preferred. In each instance it isolates and identifies the profit that was generated because of the patented invention. In short, it looks to those profits that result from the invention that is protected and eliminates those profits that may be earned but that have no causal link to the invention. Profits that are made that are not attributable to the invention may be retained by the wrongdoer.

[54] It will always be an issue when applying the differential profit approach whether there is a non-infringing alternative that can be used as a comparator.

[55] The decision in *Wellcome Foundation* provides some insight into the limits on a non-infringing alternative. The defendant Apotex argued that it could have obtained a compulsory licence to use the patent from the plaintiff and thus the difference in profits it did earn and those it would have earned if it had such a licence was merely the cost of the licence fee. It was proposing that the best non-infringing alternative was the product it sold, but sold legally under a licence. Professor Siebrasse questions whether this was a valid alternative [at page 87]:

Lubrizol prétend que l'huile à moteur de l'Impériale contrefait un autre brevet dont elle est titulaire et qu'une action a été intentée à cet égard. Les mêmes bénéficiaires peuvent-ils être réclamés une deuxième fois? Et si ce n'est pas par Lubrizol, alors par un tiers breveté qui allègue également une contrefaçon? Et même si aucun autre brevet n'était en cause, permettre à Lubrizol de toucher des bénéficiaires qui, selon la preuve que l'Impériale parvient à faire, sont entièrement attribuables à une caractéristique non contrefaite de son huile à moteur reviendrait à approuver judiciairement l'enrichissement injuste de Lubrizol aux dépens de l'Impériale.

[52] On avait affaire dans l'arrêt *Lubrizol* à un produit breveté ayant été intégré à un autre produit, et la Cour a statué que ce qu'il fallait restituer, c'était la différence entre les profits découlant de l'un et de l'autre; de cette manière, les profits restitués étaient ceux à l'égard desquels il existait un lien de causalité approprié, c'est-à-dire ceux réalisés du fait de l'invention.

[53] L'application de la méthode du profit différentiel à ces situations fait voir pourquoi cette méthode est à privilégier. Dans chaque cas, elle a pour effet de repérer et distinguer les profits générés par l'invention brevetée. En y recourant, en bref, on retient les profits qui résultent de l'invention protégée et on élimine ceux qui ont pu être gagnés mais qui n'ont pas de lien de causalité avec l'invention. Les profits réalisés mais non attribuables à l'invention peuvent être conservés par le transgresseur.

[54] La question va toujours se poser, lorsque sera appliquée la méthode du profit différentiel, de savoir s'il existe une solution de substitution non contrefaisante pouvant servir de comparateur.

[55] La décision *Wellcome Foundation* fait ressortir certaines limites en matière de solution de substitution non contrefaisante. La défenderesse Apotex soutenait qu'elle aurait pu obtenir de la demanderesse une licence obligatoire en vue de l'exploitation du brevet, et que la différence entre les bénéficiaires véritablement réalisés et ceux qu'elle aurait réalisés si elle avait disposé d'une telle licence était le simple coût de la redevance pour celle-ci. La défenderesse a laissé entendre que la meilleure solution de substitution non contrefaisante était le produit qu'elle avait vendu, en supposant qu'il ait été vendu licitement sous licence. Le P^r Siebrasse se demande s'il s'agit bien là d'une solution de substitution valable [à la page 87] :

At the time of the trial the statutory compulsory licensing regime had been repealed; the key question is therefore whether the product obtained under a compulsory licence is to be considered as “open to the public” in applying the differential-profit test. If it is not, then the apportionment arrived at by MacKay J. at trial and affirmed by the Court of Appeal was fully consistent with the differential-profit approach.

[56] I take a somewhat different view of this decision. In my view, that the case involved the compulsory licence comparison is irrelevant. Rather, if the position urged upon the Court by Apotex had been adopted, then the “Catch me if you can” scenario discussed previously would have resulted. If the proper measure of profits to be disgorged involves a comparison to the same product, but manufactured and sold legally, i.e. with a licence, then neither of the purposes of an accounting of profits would have been achieved. In my view, what this and other decisions show is that the next best non-infringing alternative that is to be considered when using the differential profits approach cannot be what one would have done had one complied with the law, i.e. obtained a licence to use the patent. Whether the licence is available through a compulsory scheme or on the open market, is irrelevant. The comparison is to the profit that would have been earned from using the next best product that is not the patented product itself, with the latter acting as a baseline from which to calculate added value. That results in a true reflection of the profits made from the invention—the necessary causal link.

[57] Applying that reasoning to this case, the comparison is not to the profits that Mr. Rivett would have generated had he legally bought the ROUNDUP READY soybean seed and purchased the licence; it must be to soybean seed that has none of the plaintiffs’ invention. Thus, conventional soybean is the appropriate comparator.

[58] Although the plaintiffs argued that the Court should follow *Teledyne* and order all of the profits made

[TRANSDUCTION] Au moment de la tenue du procès, le régime prévu par la loi de la licence obligatoire avait été aboli, et la question fondamentale est donc de savoir si le produit obtenu en vertu d’une licence obligatoire doit être considéré « accessible au public » aux fins de l’application du critère du profit différentiel. S’il ne peut l’être, la répartition établie par le juge MacKay en première instance et confirmée par la Cour d’appel était parfaitement compatible avec la méthode du profit différentiel.

[56] J’interprète la décision quelque peu différemment. Il n’importe aucunement, à mon avis, qu’on ait établi une comparaison dans cette affaire avec une licence obligatoire. Il faudrait plutôt dire que, si la Cour avait adopté la position proposée pour Apotex, il en serait résulté un scénario déjà mentionné de [TRANSDUCTION] « Essayez toujours de m’attraper pour voir ». Si pour bien calculer les bénéfices à restituer il faut établir une comparaison avec le même produit, mais cette fois fabriqué et vendu licitement, c.-à-d. sous licence, alors ni l’un ni l’autre objectifs visés par la restitution des bénéfices ne serait atteint. Selon moi, ce qu’il ressort de *Wellcome Foundation* et des autres décisions, c’est que la meilleure solution de substitution licite à prendre en considération lorsqu’on recourt à la méthode du profit différentiel ne peut être ce que l’intéressé aurait fait s’il avait respecté la loi, c.-à-d. obtenu une licence d’exploitation du brevet. Alors, il importe peu que la licence ait pu être obtenue dans le cadre d’un régime obligatoire ou sur le marché libre. La comparaison est à établir avec les profits qu’on aurait réalisés en exploitant le meilleur produit possible après le produit breveté même, ce dernier devant servir de référence pour le calcul de la valeur ajoutée. Il en résulte une image fidèle des profits tirés de l’invention — le lien de causalité nécessaire.

[57] Si l’on applique ce raisonnement en l’espèce, la comparaison n’est pas à établir avec les profits que M. Rivett aurait réalisés si, en toute légalité, il avait acheté les graines de soja ROUNDUP READY et acquis la licence; la comparaison doit plutôt être faite avec des graines de soja ne renfermant rien de l’invention des demandereses. Les graines de soja conventionnelles constituent donc le comparateur approprié.

[58] Les demandereses ont soutenu que la Cour devrait suivre la décision *Teledyne* et ordonner la

by Mr. Rivett be disgorged, I am of the view that the accounting of profits undertaken in *Teledyne* is not necessarily at odds with the differential profits approach endorsed by the Supreme Court. In *Teledyne* the defendant infringed the plaintiff's patent by manufacturing and selling a unique pulsating shower head. Teledyne already manufactured and sold conventional shower heads; the infringing product was a new and different product line. Thus, there was no reason to believe, and it was not established by the defendant, that if it had not sold the infringing new product, it would have sold an equal number, or any number of conventional shower heads instead. In short, *Teledyne* was a situation where the Court was assessing the profits made by an existing business, by the addition of a new product line, where there was no next-best alternative available that would have generated profit.

[59] It is not reasonable to conclude here, as it was in *Teledyne*, that if the defendant had not sowed, grown and sold the infringing soybean seed, he would not have sowed, grown and sold conventional soybeans. Here, unlike *Teledyne*, there was an alternative available. If the patented seed was not used, the farmer would have used a conventional seed. It is unreasonable to argue that a farmer would have left his fields fallow, incurring lease or tax costs, when they could have been planted and a profit made. In this respect, farming is unlike the manufacturing of novel shower heads.

[60] The final issue that requires examination is whether the defendant must prove that the comparator non-infringing product was actually available for use or sale or whether it is sufficient to establish that there is such a product, even though it may not be available in reality because of market conditions. This issue arises in this case because the evidence of the defendant, elicited in cross-examination, was that he had no choice but to plant the ROUNDUP READY soybean seed as there

restitution de tous les bénéfices réalisés par M. Rivett, mais je suis d'avis que l'exercice de restitution des bénéfices auquel on s'est adonné dans cette décision n'est pas nécessairement incompatible avec la méthode du profit différentiel que la Cour suprême a avalisée. Dans *Teledyne*, la défenderesse avait contrefait le brevet de la demanderesse en fabriquant et vendant une pomme de douche à impulsions de type unique. Teledyne fabriquait et vendait déjà des pommes de douche classiques; le produit contrefait constituait une gamme de produits nouvelle et différente. Il n'y avait donc aucune raison de croire, et il n'avait pas été établi par la défenderesse, que si celle-ci n'avait pas vendu le nouveau produit contrefait elle aurait vendu à la place un nombre égal, ou même un nombre quelconque, de pommes de douche classiques. Bref, dans l'affaire *Teledyne*, la Cour avait à évaluer des profits réalisés par une entreprise existante, du fait de l'ajout d'une nouvelle gamme de produits, alors qu'il n'existait aucune solution de substitution la meilleure possible permettant de générer des profits.

[59] Il n'est pas raisonnable de conclure en l'espèce, comme ce l'était dans l'affaire *Teledyne*, que si le défendeur n'avait pas planté, cultivé et vendu les graines de soja contrefaites, il n'aurait pas planté, cultivé ni vendu de graines de soja conventionnelles. Contrairement à la situation dans l'affaire *Teledyne*, il y avait en l'espèce une solution de substitution. L'agriculteur aurait recouru, faute de graines brevetés, à des graines conventionnelles. On ne peut soutenir de manière raisonnable qu'un agriculteur aurait laissé ses champs en jachère, subissant ainsi des pertes de location et sur le plan fiscal, alors qu'il aurait pu les cultiver et réaliser un profit. Une exploitation agricole, à cet égard, ce n'est pas la même chose que la fabrication d'un nouveau type de pommes de douche.

[60] La question finale qu'il reste à examiner est de savoir si le défendeur doit prouver si le produit non contrefait de comparaison était véritablement disponible à des fins d'exploitation ou de vente, ou s'il lui suffit d'établir qu'il existe un tel produit, même s'il se peut qu'il ne soit pas en fait disponible en raison des conditions du marché. La question se pose en l'espèce en raison du témoignage du défendeur obtenu en contre-interrogatoire, portant qu'il n'avait d'autre choix que

were no conventional soybeans available at the local co-op or from the one local farmer whom he asked. In my view, for the following reasons, the market availability of the best non-infringing product is not determinative.

[61] The differential profit approach discovers the value that the invention has brought to the product. For example, in *Lubrizol*, it identified the value that the invention added to conventional motor oil. In the case of ROUNDUP READY canola or soybeans, it is without doubt that there is a value in the product, the crop, that has nothing to do with the invention. Monsanto's patent is not on the plant, or fruit of the plant (the soybeans), but is restricted to the genes and modified cells that make up the plant. The plant and fruit have a value apart from the genes and modified cells. This is evident from the facts in *Schmeiser* [at paragraph 104], and the Supreme Court's reference to profits arising from "qualities of [the] crop that cannot be attributed to the invention." Notwithstanding that Mr. Schmeiser did not exploit the invention, he sold the canola crop and, on the evidence, received exactly the same price as he would had it been conventional canola.¹ The purchaser paid no premium because the soybeans that were purchased contained the patented gene.² Furthermore, as Monsanto's licence requires that none of the beans be saved and replanted or sold other than for consumption, the Monsanto beans had no other licit value over and above conventional beans.

[62] If one uses a comparator only if it is actually physically available for use, but not when it exists but is physically unavailable, the fact that the resulting crop has a value apart from the invention will be ignored. Here, the advantage of the plaintiffs' invention does not lie in the uniqueness of the bean; the fact that it contains the plaintiffs' gene adds no value at the time of sale. It is worth the same as the bean without the gene. The value of the invention is that the farmer who uses it will incur less herbicide-related costs, and less trampling of the plants as they need to be sprayed fewer times, thus

de planter des graines de soja ROUNDUP READY, puisqu'il n'avait pu se procurer de graines conventionnelles à la coopérative locale ni auprès du seul agriculteur des environs à qui il en avait demandé. Selon moi, pour les motifs qui vont suivre, la disponibilité sur le marché du meilleur produit non contrefait de substitution ne constitue pas un facteur déterminant.

[61] La méthode du profit différentiel vise à découvrir la valeur que l'invention a apportée au produit. Dans l'arrêt *Lubrizol*, par exemple, il s'agissait d'établir la valeur ajoutée par l'invention à l'huile à moteur conventionnelle. En ce qui concerne les graines de canola ou de soja ROUNDUP READY, il est indubitable que le produit, la récolte, a en soi une valeur qui n'a rien à voir avec l'invention. Le brevet de Monsanto ne vise pas la plante ni son fruit (le soja), mais uniquement les gènes ainsi que les cellules modifiées qui sont les éléments constitutifs de la plante. La plante et le fruit ont une valeur distincte de celle des gènes et des cellules modifiées. Cela ressort à l'évidence des faits d'espèce dans *Schmeiser* [au paragraphe 104] et de l'allusion par la Cour suprême aux profits découlant « des caractéristiques de [la] récolte qui ne sont pas attribuables à l'invention ». Bien que M. Schmeiser n'ait pas exploité l'invention, il a vendu la récolte de canola et, d'après la preuve, a obtenu exactement le même prix qu'il n'aurait eu s'il s'était agi de canola conventionnel¹. L'acheteur n'a versé aucun supplément parce que le soja acheté renfermait le gène breveté². En outre, la licence de Monsanto requérant qu'aucune graine de soja ne soit conservée et plantée de nouveau, ou encore vendue pour une fin autre que la consommation, les graines de Monsanto n'avaient aucune valeur licite supérieure à celles des graines conventionnelles.

[62] Si l'on recourait uniquement à un produit de comparaison qui soit véritablement disponible au plan matériel pour être exploité, mais qu'on ne le fasse pas lorsqu'il existe mais qu'il n'est pas ainsi disponible, l'on ferait abstraction du fait que la récolte obtenue a une valeur indépendante de celle de l'invention. En l'espèce, l'avantage conféré par l'invention des demanderesse ne repose pas dans le caractère unique du soja; le fait qu'il renferme le gène des demanderesse ne lui ajoute aucune valeur au moment de la vente. La valeur en est la même que pour le soja sans le gène. La valeur de l'invention

resulting in a higher yield at a lower cost of production. That is, the profit that flows to the farmer from the plaintiffs' invention is realized in expense saved.

[63] It may be claimed that when the non-infringing product is not actually available, the comparison is hypothetical and thus inappropriate. However, I note that in *Reading & Bates* the Court was prepared to accept evidence, albeit theoretical, that alternative tunnelling methods could have been used. As was noted by Justice Strayer [in *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 93 (F.C.T.D.), at page 108] "that such evidence was 'theoretical' does not deny its existence or entirely destroy its weight." In this case, attaching determinative weight to the vagaries of the local market for conventional soybeans would undermine the ability to isolate profits having a causal link to Monsanto's invention. For these reasons, it is my view that the fact that conventional soybeans are a non-infringing alternative to ROUNDUP READY soybeans is sufficient to permit the Court to use that crop as a comparator, whether or not such conventional seed was in fact available to the defendant in 2004.

[64] Lastly, the plaintiffs submit that the statement of the Supreme Court in *Schmeiser* as to the preferred method of accounting must be seen as *obiter* as the Supreme Court ultimately did not apply the differential profit approach. I disagree. As was noted by Justice Binnie in the *Bristol-Myers Squibb Co.* decision, the Supreme Court in *Schmeiser* found that there was no causal connection between the profits earned through growing ROUNDUP READY canola and the invention. In my view, the Court did apply the differential profit approach as outlined in paragraph 29 above, but needed to proceed no further than the first question: Is there a causal connection between the profits made and the

tient au fait que l'agriculteur qui l'utilise engage des frais moindres pour l'herbicide, et que les plantes sont moins souvent foulées au pied parce que moins pulvérisées d'herbicide, de sorte qu'un rendement supérieur est obtenu à un coût moindre de production. Ainsi, le profit que l'invention des demanderesses permet à l'agriculteur de réaliser résulte d'une réduction des dépenses engagées.

[63] On pourrait soutenir que, lorsque le produit non contrefait n'est pas véritablement disponible, la comparaison a un caractère hypothétique et n'est donc pas appropriée. Je désire toutefois souligner que, dans l'arrêt *Reading & Bates*, la Cour était disposée à admettre des éléments de preuve, même si de caractère théorique, selon lesquels on aurait pu recourir à des méthodes de creusement de substitution. Comme le juge Strayer l'a fait remarquer [dans la décision *Reading & Bates Construction Co. c. Baker & Energy Resources Corp.*, [1992] A.C.F. n° 607 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 15], « [l]e caractère "théorique" de ces éléments n'enlève rien à leur valeur ». En l'espèce, accorder une valeur déterminante aux caprices du marché local du soja conventionnel rendrait malaisé de distinguer les profits ayant un lien de causalité avec l'invention de Monsanto. Pour ces motifs, selon moi, le fait que les graines de soja conventionnelles constituent une solution de substitution non contrefaisante aux graines de soja ROUNDUP READY suffit pour que la Cour puisse l'utiliser comme produit de comparaison, qu'il ait été possible ou non pour le défendeur en 2004 de se procurer de telles graines conventionnelles.

[64] Les demanderesses soutiennent finalement qu'il faut considérer comme incidente la remarque sur la méthode privilégiée de calcul des profits faite par la Cour suprême dans l'arrêt *Schmeiser*, celle-ci n'ayant en fin de compte pas appliqué la méthode du profit différentiel. Je ne partage pas cet avis. Comme l'a fait remarquer le juge Binnie dans l'arrêt *Bristol-Myers Squibb Co.*, la Cour suprême a conclu dans l'arrêt *Schmeiser* qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre les profits tirés de la culture du canola ROUNDUP READY et l'invention. À mon avis, la Cour suprême a bel et bien appliqué la méthode du coût différentiel tel qu'elle est décrite ci-dessus au paragraphe 29, mais elle

infringement? As there was none, there were no profits that required an accounting.

[65] For all of these reasons, it is my view that this Court must apply the differential profit approach when conducting an accounting of profits in this case.

b. What are the deductible expenses of Mr. Rivett?

[66] Both parties accept that it is the profits made from the infringement that must be disgorged and that the defendant is properly entitled to deduct from the gross revenue received from the sale of the crop his legitimate and proved expenses.

[67] It is the defendant's burden to prove the costs that are to be deducted from the gross revenues from sales. I accept and endorse the view expressed by Justice Reed in *Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 385 (F.C.T.D.) [at page 390], that any doubt in determining the costs is to be resolved in favour of the plaintiffs:

In establishing an infringer's profits, the plaintiff is required to prove only the defendant's sales; the burden then shifts to the defendant to prove the elements of cost to be deducted from the sales in arriving at profit. Any doubts as to the computation of costs or profits is to be resolved in favour of the plaintiff. At the same time, this does not mean that the infringer must prove expenses such as overhead and their relationship to the infringing product in minute detail. But the defendant bears the burden of explaining, at least in general terms, how claimed overhead costs actually contributed to the production of the infringing product.

However, I am also guided by the fact that the remedy the plaintiffs seek is essentially an equitable remedy and equity must be done to both parties. The Federal Court of Appeal in *Schmeiser* noted at paragraph 85 that if the application of accounting principles in a mechanical fashion results in a quantum that not does reflect the economic profit from the infringement, it is open to a

n'a pas eu à aller plus loin qu'examiner la première question — Y a-t-il un lien de causalité entre les profits réalisés et la contrefaçon? Comme il n'y avait pas de tel lien, il n'y avait pas de bénéfices à calculer en vue de leur restitution.

[65] Pour tous ces motifs, j'estime que la Cour doit recourir à la méthode du profit différentiel en l'espèce en vue de déterminer les bénéfices à restituer.

b. Quelles sont les dépenses déductibles de M. Rivett?

[66] Les deux parties conviennent que ce sont les bénéfices obtenus par la contrefaçon qu'il faut restituer, et qu'il convient que le défendeur déduise ses dépenses prouvées et légitimes du revenu brut tiré de la vente de sa récolte.

[67] C'est au défendeur qu'il incombe de prouver les dépenses devant être déduites du revenu brut tiré de ses ventes. Je souscris à cet égard à l'avis exprimé par la juge Reed dans la décision *Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp.*, [1990] A.C.F. n° 952, (1^{re} inst.) (QL) [au paragraphe 12], selon lequel tous les doutes relatifs au calcul des dépenses doivent être résolus en faveur des demandeurs :

Pour calculer les bénéfices d'un contrefacteur, le demandeur n'a besoin de prouver que les ventes du défendeur. Le défendeur a alors l'obligation de prouver les éléments de dépenses qui doivent être déduits des ventes pour indiquer le profit. Tous les doutes relatifs au calcul des dépenses ou des profits doivent être résolus en faveur du demandeur. Toutefois, cela n'oblige pas le contrefacteur à prouver de manière détaillée des dépenses telles que les frais généraux et les relations entre celles-ci et la contrefaçon. Mais le défendeur a l'obligation d'expliquer, au moins de manière générale, comment les frais généraux réclamés ont effectivement contribué à la production de la contrefaçon.

Je n'oublie toutefois pas le fait que la réparation sollicitée par les demanderesses est essentiellement une réparation en equity, et que les deux parties doivent être traitées selon l'equity. Dans son arrêt *Schmeiser*, la Cour d'appel fédérale a fait remarquer (au paragraphe 85) que, si l'application mécanique des principes comptables donne un montant qui ne représente pas le profit tiré de

trial judge to adjust the quantum, provided it is done on a “principled basis.”

[68] According to the agreed statement of facts, in 2004 Mr. Rivett cultivated 1408 acres of corn, 811 acres of conventional soybeans, and 350 acres of winter wheat in addition to the 947 acres of ROUNDUP READY soybeans. The defendant submitted evidence of expenses from his farming operation that were not, in most instances, specific to the 947 acres of ROUNDUP READY soybeans, but which were incurred across large portions of the farming operation or across the business as a whole. The plaintiffs submitted that unless the expense was shown to relate solely and directly to the 947 acres of ROUNDUP READY soybeans, the Court ought not to accept the expense as one that should lessen the gross revenue received from the sale of that crop. I am not prepared to accept that proposition. Provided there is evidence that the expense was incurred, in part, with respect to the 947 acres of ROUNDUP READY soybeans, a principled basis to allocate that expense is to do so on the basis of the percentage of the acreage of ROUNDUP READY soybeans to the total acreage of the business, unless there was evidence that the expense was incurred with respect to less than the total acreage. On that basis, the applicable percentage is 947 of 3516 acres, or 26.9 percent of the farming operation.

[69] Although it is appropriate to apportion these expenses, the expenses apportioned must be directly related to the ROUNDUP READY soybean crop. In my view, it is not appropriate to consider costs such as general farm insurance, capital depreciation, water, electricity, etc. as would be additionally considered under the full cost approach, discussed above. These expenses are too indirect to be entitled to consideration. In any event, the defendant provided no evidence of such costs.

la contrefaçon, il est loisible au juge de première instance d’ajuster ce montant, à condition qu’il le fasse de « façon motivée ».

[68] En 2004, selon l’exposé conjoint des faits, M. Rivett a cultivé 1 408 acres de maïs, 811 acres de soja conventionnel et 350 acres de blé d’hiver, outre les 947 acres de soja ROUNDUP READY. Le défendeur a présenté des éléments de preuve quant aux dépenses liées à son exploitation agricole mais il ne s’agissait pas, la plupart du temps, de dépenses engagées plus particulièrement pour les 947 acres de soja ROUNDUP READY, mais bien plutôt de dépenses engagées pour une large partie de l’exploitation agricole de M. Rivett ou pour toute l’exploitation. Les demanderesse ont soutenu de leur côté que, faute pour le défendeur de démontrer qu’une dépense se rapportait directement et uniquement aux 947 acres de soja ROUNDUP READY, la Cour ne devait pas considérer qu’il s’agit là d’une dépense à porter en réduction du revenu brut tiré de la vente de la récolte. Je ne partage pas cet avis. À la condition qu’il y ait des éléments de preuve selon lesquels la dépense a été engagée, en partie, relativement aux 947 acres de soja ROUNDUP READY, une façon motivée d’accorder cette dépense consiste à le faire en fonction du pourcentage de la superficie totale de l’exploitation agricole que représente la superficie consacrée au soja ROUNDUP READY, à moins qu’il n’existe une preuve que la dépense n’a pas été engagée à l’égard de cette superficie totale. Sur un tel fondement, le pourcentage applicable est de 26,9 % de l’exploitation agricole, soit 947 acres sur un total de 3 516 acres.

[69] Bien qu’il convienne de procéder à une répartition des dépenses engagées, les dépenses réparties doivent être directement liées à la récolte de soja ROUNDUP READY. Il n’y a pas lieu selon moi de prendre en considération des dépenses additionnelles comme celles concernant, par exemple, l’assurance agricole générale, l’amortissement, l’eau et l’électricité, tel qu’il serait fait selon la méthode, dont j’ai traité précédemment, de la totalité des coûts. Ces dépenses sont trop indirectives pour être prises en considération. De toute façon, le défendeur n’a pas fait la preuve de ces dépenses.

Fertilizer

[70] The documentary evidence tendered by Mr. Rivett, coupled with his oral testimony speaks to expenditures on fertilizer which the Court is satisfied relate in part to the infringing crop. Exhibit D-2 includes various invoices from Evergreen Liquid Plant Food Ltd. relating to quantities of these fertilizer products purchased in late 2003 and 2004. This information, coupled with knowledge of the acreage Mr. Rivett devoted to each of his crops in 2004 and particularly the proportion of his soybean crop which was infringing, is sufficient to prove deductible fertilizer expenditures on a balance of probabilities.

[71] Mr. Rivett testified that he applied liquid fertilizer to his soybean crops. Fertilizer 5205 is used on soybeans and wheat; liquid calcium is used on soybeans and “some” liquid calcium is used on wheat; and ammonium sulphate and manganese are used on soybeans. Where a product was applied to more than one crop, in the absence of evidence to the contrary, the Court will assume that application rates were similar.

[72] The invoices in Exhibit D-2 indicate a total expenditure of \$13 781.50 on liquid calcium. Assuming this was distributed evenly between the ROUNDUP READY soybeans, conventional soybeans, and winter wheat, the liquid calcium would have been spread over 2108 acres, at a cost of \$6.54 per acre. Thus \$6 193.38 was spent on liquid calcium in relation to the 947 acres of ROUNDUP READY soybeans.

[73] Exhibit D-2 includes a number of invoices relating to Fertilizer 5205 for a total of \$15 704. On the principle that this fertilizer was distributed evenly over the 2108 acres of soybeans and wheat, it would represent an expenditure of \$7.45 per acre. Thus \$7 055.70 was spent on Fertilizer 5205 in relation to the 947 acres of ROUNDUP READY soybeans.

Engrais

[70] Il a été question dans la preuve documentaire produite par M. Rivett, ainsi que dans son témoignage oral, de dépenses pour des engrais qui, selon la Cour, sont liées en partie à la récolte issue de la contrefaçon. Dans la pièce D-2 sont incluses diverses factures provenant d’Evergreen Liquid Plant Food Ltd. visant certaines quantités d’engrais achetées à la fin de 2003 et en 2004. Ces renseignements, associés à la connaissance de la superficie que M. Rivett a consacrée à chacune de ses récoltes en 2004, et particulièrement de la proportion de la récolte de soja qui résultait de la contrefaçon, suffisent pour prouver selon la prépondérance des probabilités quelles dépenses pour de l’engrais sont déductibles.

[71] M. Rivett a déclaré dans son témoignage avoir vaporisé d’engrais liquide ses récoltes de soja. On vaporise du Fertilizer 5205 sur le soja et le blé, du calcium liquide sur le soja et « un peu » de calcium liquide sur le blé ainsi que du sulfate d’ammonium et du manganèse sur le soja. En l’absence de preuve contraire, lorsqu’un produit a été vaporisé sur plus d’une récolte, la Cour va présumer que les taux d’application étaient les mêmes.

[72] Les factures à la pièce D-2 font état de dépenses totales de 13 781,50 \$ pour du calcium liquide. En supposant sa répartition égale entre les récoltes de soja ROUNDUP READY, de soja conventionnel et de blé d’hiver, le calcium liquide aurait été vaporisé sur plus de 2 108 acres, au coût de 6,54 \$ l’acre. De la sorte, la somme de 6 193,38 \$ a été dépensée pour le calcium liquide à l’égard des 947 acres de soja ROUNDUP READY.

[73] La pièce D-2 comprend un certain nombre de factures, d’un montant total de 15 704 \$, relatives au Fertilizer 5205. En fonction d’une répartition égale de cet engrais entre les 2 108 acres de soja et de blé, cela correspond à une dépense de 7,45 \$ l’acre. De la sorte, la somme de 7 055,70 \$ a été dépensée pour le Fertilizer 5205 à l’égard des 947 acres de soja ROUNDUP READY.

[74] Mr. Rivett's evidence was that he uses ammonium sulphate (Amsul) on soybeans to help them bloom. The invoices for Amsul in Exhibit D-2 indicate expenditures of \$3 600 for Amsul, or an expenditure of \$2.05 per acre. Thus \$1 941.35 was spent on Amsul in relation to the 947 acres of ROUNDUP READY soybeans. There is also a \$350 invoice for manganese in Exhibit D-2. If it were distributed evenly over the 1758 acres of soybeans, this would represent a cost of \$0.20 per acre, or \$189.40 in relation to the 947 acres of ROUNDUP READY soybeans.

[75] The total expenses for fertilizer related to the 947 acres of ROUNDUP READY soybeans, are as follows:

• Liquid Calcium	\$6 193.38
• Fertilizer 5205	\$7 055.70
• Amsul	\$1 941.35
• Manganese	\$ 189.40
TOTAL	<u>\$15 379.83</u>

Land rent

[76] The plaintiffs submit that land rent should be calculated on the basis of \$49 per acre for the 947 acres of ROUNDUP READY soybeans based on its reading of Exhibit D-3. That exhibit includes a number of rent cheques paid by Mr. Rivett to various landowners in 2004. These cheques do not indicate whether they correspond with tracts of land used to plant the infringing 947 acres of ROUNDUP READY soybeans. However, Exhibit D-4 is of assistance in marrying the rent payments to the field in which the infringing soybeans were grown.

[77] Exhibit D-4 was identified as an audit form prepared by a Monsanto investigator. It sets out the location, collection dates, and acreage where the infringing soybean crop was identified. In his examination-in-chief, Mr. Rivett was able to match a number of the cheques in Exhibit D-3 to the locations identified in Exhibit D-4. Based on this evidence, the Court can conclude that Mr. Rivett rented the following acreage at

[74] D'après la déposition de M. Rivett, celui-ci a utilisé du sulfate d'ammonium (Amsul) pour favoriser l'éclosion du soja. Les factures à la pièce D-2 font état de dépenses de 3 600 \$ pour l'Amsul, soit de 2,05 \$ l'acre. De la sorte, la somme de 1 941,35 \$ a été dépensée pour l'Amsul à l'égard des 947 acres de soja ROUNDUP READY. On trouve également à la pièce D-2 une facture de 350 \$ pour du manganèse. En supposant sa répartition égale entre les 1 758 acres de soja, cela représenterait une dépense de 0,20 \$ l'acre, et ainsi de 189,40 \$ pour les 947 acres de soja ROUNDUP READY.

[75] Le total des dépenses d'engrais à l'égard des 947 acres de soja ROUNDUP READY s'établit donc comme suit :

• Calcium liquide	6 193,38 \$
• Fertilizer 5205	7 055,70 \$
• Amsul	1 941,35 \$
• Manganèse	189,40 \$
TOTAL	<u>15 379,83 \$</u>

Loyer foncier

[76] Les demanderesse soutiennent, selon leur interprétation de la pièce D-3, qu'il faudrait calculer le loyer foncier pour les 947 acres de soja ROUNDUP READY en fonction d'un montant de 49 \$ l'acre. La pièce D-3 comprend des chèques de loyer versés par M. Rivett en 2004 à divers propriétaires fonciers. Les chèques ne précisent pas s'ils correspondent à des lopins de terre utilisés pour planter sur 947 acres du soja ROUNDUP READY contrefait. La pièce D-4 aide toutefois à faire correspondre les paiements de loyer aux terrains où l'on a fait pousser le soja contrefait.

[77] La pièce D-4 a été décrite comme étant une formule d'audit établie par un enquêteur de Monsanto. On y mentionne les lieux où a été repéré du soja contrefait, en précisant leur superficie, ainsi que les dates de cueillette de ce soja. Lors de son interrogatoire principal, M. Rivett a pu faire correspondre divers chèques de la pièce D-3 aux lieux mentionnés à la pièce D-4. Sur le fondement de cette preuve, la Cour

the rates indicated for the purpose of cultivating the infringing crop in 2004.

- 66 acres at \$60 per acre (Tab 14)
- 20 acres at \$35 per acre (Tab 20)
- 426 acres at \$77.25 an acre (Tab 22)
- 51 acres at \$72.47 / acre (Tabs 23 and 17)
- 41 acres at \$65.85 / acre (Tab 31)
- 5 acres at \$66.26 / acre (Tab 32)

[78] In addition to these rent expenses, Exhibit D-3 includes a copy of cheque 2521 in the amount of \$500, and which Mr. Rivett says is for a part of the rental of 19 acres described as Lot 28, Concession 6 West Half, Adjala Township, on which he grew ROUNDUP READY soybeans. Monsanto submits that this expense of \$500 should be taken as the full rent paid for these 19 acres. Mr. Rivett testified that this cheque represents only part payment to the landowner but he provided no evidence as to the full cost of the lease. There is insufficient evidence to determine what more was paid and thus, the Court will consider the \$500 payment as the full payment for this acreage.

[79] This accounts for 628 of the 947 acres at issue in this case and a total expenditure of \$44 795.62.

[80] Monsanto submits that Mr. Rivett should not be allowed to deduct land rental expenses for which there is no specific record, whereas counsel for Mr. Rivett urges upon the Court that it is obvious that value was exchanged for all of the land rented, even if actual records are incomplete. I agree with the latter that on a balance of probabilities all of the land devoted to the cultivation of the infringing crop in 2004 was rented for value. However, that value appears, in large part, to have been Mr. Rivett's own labour. Counsel for Monsanto took the Court to passages from the discovery of Mr. Rivett wherein it is clear that some of the land was paid for, at least in part, in goods and services to the landowner, e.g., tillage, snow removal, or hay.

peut conclure que M. Rivett a loué les superficies suivantes aux prix indiqués en vue de cultiver en 2004 le soja contrefait.

- 66 acres à 60 \$ l'acre (onglet 14)
- 20 acres à 35 \$ l'acre (onglet 20)
- 426 acres à 77,25 \$ l'acre (onglet 22)
- 51 acres à 72,47 \$ / acre (onglets 23 et 17)
- 41 acres à 65,85 \$ / acre (onglet 31)
- 5 acres à 66,26 \$ / acre (onglet 32)

[78] Outre ces frais de loyer, la pièce D-3 comprend une copie du chèque 2521 d'un montant de 500 \$, soit une fraction, aux dires de M. Rivett, du prix de location d'un terrain de 19 acres décrit comme le lot 28, concession 6 moitié Ouest, canton d'Adjala, où il a fait pousser du soja ROUNDUP READY. Monsanto soutient pour sa part qu'il faudrait considérer cette dépense de 500 \$ comme le loyer total versé pour ces 19 acres. M. Rivett a déclaré dans sa déposition que ce chèque ne représentait qu'un paiement partiel au propriétaire foncier, mais il n'a fourni aucune preuve quant au coût total du loyer. La Cour a trop peu d'éléments de preuve pour déterminer quelle somme a pu être payée en plus, et ainsi elle considérera que le paiement de 500 \$ a constitué le paiement total pour la surface concernée.

[79] Cela rend compte de 628 des 947 acres en cause en l'espèce et correspond à une dépense totale de 44 795,62 \$.

[80] Monsanto soutient qu'il ne devrait pas être permis à M. Rivett de déduire des frais de location foncière pour lesquels il n'existe aucun justificatif propre, tandis que l'avocat de M. Rivett fait valoir à la Cour qu'une contrepartie a manifestement été versée pour l'ensemble des terrains loués, même s'il manque dans les faits certains justificatifs. D'accord avec ce dernier, je conclus selon la prépondérance des probabilités que tous les terrains consacrés à la récolte contrefaite en 2004 ont été loués moyennant contrepartie. Celle-ci semble toutefois avoir été, pour large part, le propre travail de M. Rivett. Les avocats de Monsanto ont renvoyé la Cour à divers passages de l'interrogatoire préalable de M. Rivett d'où il ressort clairement que certains frais locatifs avaient été

[81] I find below that Mr. Rivett is not entitled to any deduction from gross revenue for his labour. The same reasoning applies here. Further, there is no principled basis on which the Court can determine the value of any goods, such as hay, that were exchanged for use of the land he cultivated.

[82] Accordingly, the total deduction from profits to which Mr. Rivett will be entitled in relation to land rent will be \$44 795.62.

Fuel costs

[83] The plaintiffs submit that no deduction should be allowed for fuel costs as Mr. Rivett failed to allocate any such costs to the ROUNDUP READY soybean crop. Fuel is a major expense for any farming operation and is deductible from the gross revenues to the extent it can be proved. Mr. Rivett's testimony coupled with the documentary evidence permits a determination of these costs on a balance of probabilities.

[84] Milligan Fuels Ltd. supplies Mr. Rivett with diesel fuel for tractors and combines. Exhibit D-6 includes Mr. Rivett's account records with Milligan Fuels Ltd., for fuel purchases between January and September 2004. Taking into account that there was an outstanding balance owing on the account at the beginning of 2004, the account information shows expenditures for diesel fuel in that period of \$29 381.51.

[85] Mr. Rivett's evidence was that these fuel expenditures related to his entire farming operation in 2004, that is, the cultivation of soybeans, corn and wheat. He also testified that per acre fuel expenditures are similar from crop to crop, with the exception of wheat which involves marginally higher combining costs, or "a little bit of difference in fuel per acre". I can see no basis on which to reasonably attribute exactly what figure might be assigned to this "little bit of a

acquittés au propriétaire, du moins en partie, sous forme de biens et services tel du foin ou le travail du sol ou le déneigement.

[81] J'en viens à la conclusion plus loin que M. Rivett ne peut rien déduire de son revenu brut au titre de son travail. Le même raisonnement est ici applicable. La Cour ne peut en outre de façon motivée établir la valeur des biens, tel le foin, que M. Rivett a donnés en échange de l'utilisation des terres qu'il a cultivées.

[82] M. Rivett pourra par conséquent déduire de ses profits la somme totale de 44 795,62 \$ au titre de la location foncière.

Frais de carburant

[83] Les demanderesses soutiennent qu'il n'y a lieu de déduire aucun montant pour frais de carburant, M. Rivett n'ayant pu lier le moindre engagement de pareils frais à la récolte de soja ROUNDUP READY. Les frais de carburant sont une dépense majeure pour toute exploitation agricole, et ils sont déductibles du revenu brut dans la mesure où ils peuvent être prouvés. La déposition de M. Rivett associée à la preuve documentaire permet d'établir le montant de ces frais selon la prépondérance des probabilités.

[84] Milligan Fuels Ltd. fournit à M. Rivett du carburant diesel pour tracteurs et moissonneuses-batteuses. La pièce D-6 comprend des relevés de comptes de M. Rivett faisant état d'achats de carburant auprès de Milligan Fuels Ltd. entre janvier et septembre 2004. Compte tenu d'un solde impayé existant au début de 2004, les relevés font voir pour cette période des dépenses de 29 381,51 \$ pour le carburant diesel.

[85] M. Rivett a déclaré dans sa déposition que ces frais en carburant se rapportaient à l'ensemble de son exploitation agricole en 2004, ce qui veut dire tant les cultures de soja, que de maïs et de blé. Il a ajouté que les frais en carburant par acre étaient semblables pour les diverses récoltes, à l'exception de la récolte de blé à laquelle correspondent des frais de moissonnage-battage légèrement plus élevés ou un besoin [TRADUCTION] « en carburant un peu différent par acre ». Je ne dispose

difference” and thus, find that the costs are spread equally among the crops. The per acre fuel cost for the 3516 acres is therefore \$8.36, or \$7 916.92 for the 947 acres of the ROUNDUP READY soybean crop.

d’aucun fondement me permettant raisonnablement d’établir quel montant exact correspond à ce besoin « un peu différent », et je conclus ainsi que les frais de carburant se répartissent également entre les diverses récoltes. Les frais par acre en carburant pour les 3 516 acres sont donc de 8,36 \$, ce qui veut dire 7 916,92 \$ pour les 947 acres de soja ROUNDUP READY.

Herbicide

[86] Exhibit D-8 includes a number of invoices for ROUNDUP herbicide, indicating a retail price of \$62.50 per 10 litre jug. Mr. Rivett testified that approximately one litre of herbicide is required to treat one acre of ROUNDUP READY soybean. Monsanto submits that the cost paid for the product was \$6.25 per acre; however, that assumes that it was applied only once to the crop. Mr. Rivett testified that he applied ROUNDUP herbicide to the soybean fields more than once. He testified that it was used to burn down grass and weeds prior to planting, and applied for this purpose at a rate of 1 litre to 1.5 litres per acre, or an average of 1.25 litres. This is consistent with the plaintiffs’ evidence (Exhibit P-1) that Monsanto recommends application of a “Roundup herbicide burndown in no-till”. Thus, taking this into account, the rate of application of 1 litre per acre proposed by Monsanto understates the actual requirement for this product. I find that the actual amount of ROUNDUP herbicide applied by the defendant to the infringing crop was 2.25 litres per acre. On this basis, the cost of the ROUNDUP herbicide was \$14.06 per acre, for a total cost of \$13 317.19 in relation to the infringing crop.

Herbicide

[86] La pièce D-8 comprend un certain nombre de factures pour l’herbicide ROUNDUP, faisant état d’un prix de détail de 62,50 \$ par cruche de 10 litres. M. Rivett a déclaré dans sa déposition qu’il fallait environ un litre d’herbicide pour traiter un acre de soja ROUNDUP READY. Monsanto soutient pour sa part que le prix payé pour le produit était de 6,25 \$ l’acre; il faut toutefois supposer pour cela qu’il n’y a eu qu’une seule vaporisation sur la récolte. Or, selon le témoignage de M. Rivett, l’herbicide ROUNDUP a été vaporisé plus d’une fois sur les champs de soja. On s’en serait servi pour brûler chimiquement l’herbe et les autres mauvaises herbes avant de planter le soja, en utilisant à cette fin de 1 à 1,5 litre par acre — 1,25 litre en moyenne. Cela est conforme à la preuve des demanderesse (pièce P-1) selon laquelle Monsanto recommande l’application [TRADUCTION] « d’herbicides de contact sans travail du sol Roundup ». Cela pris en compte, Monsanto a minimisé, en mentionnant un taux d’application d’un litre par acre, le besoin réel de ce produit. Je conclus ainsi que le défendeur a en réalité appliqué 2,25 litres d’herbicide ROUNDUP par acre de récolte tirée de la contrefaçon. Sur ce fondement, le coût total de l’herbicide ROUNDUP pour cette récolte était de 13 317,19 \$, à raison d’un coût de 14,06 \$ l’acre.

HiStick inoculant

[87] Mr. Rivett testified that HiStick inoculant is applied to soil to help soybean crops nodulate, and that soybean seed is planted at a rate of 70 to 80 pounds per acre. Exhibit D-8 includes a number of invoices for HiStick, indicating a retail price of \$16.10 per 400 gram pouch of this product. Mr. Rivett, on cross-examination

Inoculant HiStick

[87] Selon le témoignage de M. Rivett, l’inoculant HiStick est mélangé au sol pour favoriser la nodulation du soja, et on plante de 70 à 80 livres de semences de soja par acre. La pièce D-8 comprend diverses factures de HiStick, faisant état d’un prix de détail de 16,10 \$ par sachet de 400 grammes. Lors du contre-interrogatoire,

agreed that a 400 gram pouch is sufficient to inoculate five 50 pound bags of seed or 250 pounds of seed. In light of Mr. Rivett's testimony, I accept that an average of 75 pounds of seed is required to seed each acre. Therefore, 71 025 pounds of seed was required to plant 947 acres of soybeans. At a price of \$16.10 to inoculate 250 pounds of seed, \$4 574.01 or \$4.83 per acre was expended on HiStick for the infringing crop.

M. Rivett a convenu qu'un sachet de 400 grammes suffisait pour inoculer cinq sacs de 50 livres de semences, soit 250 livres de semences. Vu la déposition de M. Rivett, je conviens qu'en moyenne 75 livres de semences sont requises pour ensemercer chaque acre. Par conséquent, il a fallu 71 025 livres de semences pour planter du soja sur 947 acres. Au prix requis de 16,10 \$ pour inoculer 250 livres de semences, on a dépensé pour la récolte tirée de la contrefaçon 4 574,01 \$, ou 4,83 \$ l'acre, pour l'application de HiStick.

Seaweed

[88] Exhibit D-10 includes an invoice for a fertilizer product called Seaweed. Mr. Rivett used this product on both his conventional and ROUNDUP READY soybean crops, as well as his corn crop. On cross-examination, he testified that one \$135 jug of Seaweed would be sufficient to treat 30 acres of soybeans. On this basis, the expense incurred to treat the infringing crop with Seaweed would amount to \$4.50 per acre, or \$4 261.50 for the 947 acres.

Seaweed

[88] La pièce D-10 comprend une facture pour un engrais connu sous le nom de Seaweed. M. Rivett a utilisé ce produit tant pour sa récolte de soja conventionnel que de soja ROUNDUP READY, de même que pour sa récolte de maïs. Lors de son contre-interrogatoire, il a déclaré qu'une cruche de 135 \$ de Seaweed suffisait pour traiter 30 acres de soja. Sur ce fondement, les frais engagés pour traiter au moyen de Seaweed la récolte tirée de la contrefaçon s'élèveraient à 4,50 \$ l'acre, soit 4 261,50 \$ pour les 947 acres.

Carbon

[89] Mr. Rivett testified that he uses carbon to soften the clay fields and that he applies carbon to all of his fields, including those devoted to crops other than soybeans. Exhibit D-10 includes an invoice of \$2 585 for 47 carbon jugs. If this product was applied at an even rate to all 3516 acres under cultivation, the per acre expense was \$0.74. This amounts to a total expenditure of \$700.78 for carbon in relation to the infringing crop.

Carbone

[89] Selon sa déposition, M. Rivett utilise du carbone pour amollir le sol argileux et il en applique sur tous ses terrains, y compris ceux consacrés aux cultures autres que le soja. La pièce D-10 comprend une facture de 2 585 \$ pour 47 cruches de carbone. En supposant que ce produit ait été appliqué de manière égale sur l'ensemble des 3 516 acres cultivées, la dépense engagée a été de 0,74 \$ l'acre. Cela correspond à une dépense totale de 700,78 \$ au titre du carbone pour la récolte tirée de la contrefaçon.

Labour costs

[90] The defendant submits that as Justice MacKay did in *Schmeiser*, the Court ought to reduce gross revenues by a reasonable amount to reflect an allowance for his labour. This aspect of Justice MacKay's judgment was approved by the Federal Court of Appeal. Be that as

Frais pour le travail

[90] Le défendeur soutient que, comme l'a fait le juge MacKay dans la décision *Schmeiser*, la Cour devrait réduire ses revenus bruts d'un montant raisonnable afin qu'il soit tenu compte de son travail. La Cour d'appel fédérale a approuvé cet élément du

it may, I am not prepared to provide any offset to take into account the defendant's own labour. The facts here are quite distinguishable from those in *Schmeiser*.

[91] There were two defendants in *Schmeiser*—Percy Schmeiser and Schmeiser Enterprises Ltd. The only party subject to disgorgement of its profits was the corporate entity. At paragraphs 85 to 87 of the decision of the Federal Court of Appeal it is noted that Mr. Schmeiser, rather than paying himself a salary from the corporation, took dividends as a tax saving device. The Court observed that “but for those irrelevant tax considerations, Mr. Schmeiser would have caused his corporation to pay him a salary rather than dividends [which] would have reduced the corporation's profit and, proportionally, the corporation's profits attributable to the 1998 canola crop.” In those special circumstances, the Court of Appeal held that the trial Judge had not erred in reducing the award to reflect Mr. Schmeiser's labour.

[92] There is only one defendant here—the personal defendant. Whether he pays himself a salary or takes the whole of the yearly profits of the farming operation at year end, the result is the same—the entire amount is his profit. To permit a deduction for his labour in these circumstances would be to permit him to keep, rather than disgorge, some of the profits made because of the infringement. That is neither equitable nor just.

Crop insurance

[93] Monsanto admits that on the basis of Exhibit D-11, Mr. Rivett is entitled to deduct from his revenues his expenditures on crop insurance in relation to the infringing crop at a rate of \$13.61 per acre, and I agree. That amounts to a total expenditure of \$12 888.67.

jugement du juge MacKay. Quoi qu'il en soit, je ne suis pas disposé à prévoir la moindre compensation pour la prise en compte du propre travail du défendeur. Les faits en l'espèce diffèrent sensiblement des faits de l'affaire *Schmeiser*.

[91] Il y avait deux défendeurs dans l'affaire *Schmeiser* — Percy Schmeiser et Schmeiser Enterprises Ltd. —, et seule la société était assujettie à la restitution de ses bénéfices. La Cour d'appel fédérale a signalé (aux paragraphes 85 à 87 de l'arrêt) que M. Schmeiser, plutôt que de se faire verser un salaire par la société, touchait des dividendes, et ce, pour des raisons d'ordre fiscal. La Cour d'appel a fait remarquer que « si ce n'avait été de considérations fiscales non pertinentes, M. Schmeiser aurait fait en sorte que la société lui verse un salaire au lieu de dividendes. Le profit de la société aurait été moins élevé et les profits de la société attribuables à la récolte de canola de 1998 auraient également été proportionnellement moins élevés ». C'est dans ces circonstances particulières que la Cour d'appel a statué que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur en réduisant le montant adjugé pour tenir compte du travail de M. Schmeiser.

[92] Il n'y a qu'un défendeur en l'espèce — le défendeur, qui est un particulier. Qu'il se verse à lui-même un salaire ou qu'il empoche la totalité des profits annuels de l'exploitation agricole à la fin de l'exercice, le résultat est le même : tout cet argent, c'est son profit. Permettre dans ces circonstances qu'un montant soit déduit pour tenir compte de son travail, ce serait lui permettre de conserver plutôt que de restituer certains des bénéfices réalisés en raison de la contrefaçon. Cela n'est ni équitable ni juste.

Assurance-récolte

[93] Monsanto admet qu'en fonction de la pièce D-11, M. Rivett a le droit de déduire de ses revenus, à raison de 13,61 \$ l'acre, les frais de souscription d'une assurance-récolte visant la récolte tirée de la contrefaçon. Je suis du même avis. Cela équivaut à une dépense totale de 12 888,67 \$.

c. Profits to be disgorged

[94] I now turn to the application of the differential profit approach to the evidence in order to determine the profits to be disgorged.

[95] First, we ask whether there is a causal connection between the profits made and the infringement. The defendant here admits to having applied glyphosate herbicide to the ROUNDUP READY soybean crop. Thus, unlike *Schmeiser*, this defendant took advantage of the invention and made profits as a consequence.

[96] Having found the required causal connection between the profits made and the invention, we calculate the gross profits of infringement. Based on the analysis above this is calculated as follows:

Gross Revenue		\$233 311.73
Expenses		
Fertilizer	\$15 379.83	
Rent	\$44 795.62	
Fuel	\$7 916.92	
Herbicide	\$13 317.19	
HiStick	\$4 574.01	
Seaweed	\$4 261.50	
Carbon	\$700.78	
Crop Insurance	\$12 888.67	<u>\$103 834.52</u>
Gross Profits of Infringement		<u>\$129 477.21</u>

[97] We must next ask whether there was a non-infringing option that Mr. Rivett could have used. As previously discussed, cultivation of conventional soybeans is the next best non-infringing option.

[98] As there is a non-infringing option, we must then ascertain what profit Mr. Rivett would have made had he used it. This amount I earlier described as the gross profits of non-infringement. In this case the defendant offered no evidence of the profits he would have made if he had used the non-infringing option, presumably as he urged the Court to apply his modified

c. Bénéfices à restituer

[94] J'entreprends maintenant d'appliquer la méthode du profit différentiel à la preuve, afin de déterminer le montant des bénéfices à restituer.

[95] Premièrement, il faut se demander s'il existe un lien de causalité entre les profits réalisés et la contrefaçon. Le défendeur admet en l'espèce avoir traité sa récolte de soja ROUNDUP READY avec de l'herbicide contenant du glyphosate. Le défendeur a ainsi, contrairement à la situation dans l'affaire *Schmeiser*, tiré avantage de l'invention et réalisé des profits en conséquence.

[96] Puisqu'il existe un lien de causalité entre les profits réalisés et l'invention, il s'agit ensuite de calculer les profits bruts tirés de la contrefaçon. En fonction de l'analyse qui précède ce calcul s'effectue comme suit :

Revenu brut		233 311,73 \$
Dépenses		
Engrais	15 379,83 \$	
Loyer	44 795,62 \$	
Carburant	7 916,92 \$	
Herbicide	13 317,19 \$	
HiStick	4 574,01 \$	
Seaweed	4 261,50 \$	
Carbone	700,78 \$	
Assurance-récolte	12 888,67 \$	<u>103 834,52 \$</u>
Profits bruts tirés de la contrefaçon		<u>129 477,21 \$</u>

[97] Il faut ensuite se demander s'il existait une solution non contrefaisante à laquelle M. Rivett aurait pu recourir. Selon l'analyse que j'ai faite ci-dessus, la culture du soja conventionnel constitue en l'espèce la meilleure solution non contrefaisante.

[98] Comme il existe une solution non contrefaisante, il nous faut maintenant établir quels profits M. Rivett aurait réalisés s'il y avait recouru. Ce montant, je l'ai précédemment qualifié de profits bruts en l'absence de contrefaçon. En l'espèce, le défendeur n'a présenté aucune preuve quant aux profits qu'il aurait réalisés s'il avait recouru à la solution non contrefaisante,

version of *Teledyne*. However, the plaintiffs did offer such evidence.

[99] Mr. McGuire, when testifying as to the value of the invention from the farmer's viewpoint, introduced a chart prepared by Monsanto that was printed from its Web site (Exhibit P-1). That chart shows the increased profit Monsanto asserts that a farmer can realize using ROUNDUP READY soybeans over conventional seed. It shows the expected profit return using conventional soybeans, bagged ROUNDUP READY soybeans, and bulk ROUNDUP READY soybean. The greatest profit differential is realized if the farmer uses bulk ROUNDUP READY soybeans. We have no evidence whether Mr. Rivett would have used bulk or bagged seed, and accordingly it is fair that the calculation be based on bulk seed as it generates the greatest profit differential.

[100] The comparison in the Monsanto chart at Exhibit P-1 between bulk ROUNDUP READY soybean and conventional soybean is as follows:

	ROUNDUP READY Bulk	Conventional Bin Run
Yield (bu)	39.0	32.9
Price per bushel	\$ 8.75	\$ 8.75
Total Revenue	\$341.25	\$287.88
Seed	\$51.32	\$18.46
Weed Control		
1st application	\$14.69	\$14.69
2nd application	\$ 9.79	\$37.23
Total Seed and Weed Control	\$75.79	\$70.38
Return toward profit/other	\$265.46	\$217.50

vraisemblablement parce qu'il a demandé à la Cour d'appliquer sa version révisée de la méthode prévue dans la décision *Teledyne*. Les demandereses, toutefois, ont produit une telle preuve.

[99] Lors de son témoignage quant à la valeur de l'invention du point de vue de l'agriculteur, M. McGuire a présenté un tableau dressé par Monsanto et figurant sur son site Web (pièce P-1). Ce tableau fait voir l'accroissement des profits qu'aux dires de Monsanto, un agriculteur peut obtenir en utilisant les graines de soja ROUNDUP READY plutôt que les graines conventionnelles. Il fait également voir le profit qu'on peut s'attendre à réaliser en utilisant des semences de soja conventionnelles, de soja ROUNDUP READY ensachées et de soja ROUNDUP READY mises en vrac. Le plus important différentiel de profit est obtenu lorsque l'agriculteur utilise des semences de soja ROUNDUP READY mises en vrac. Nous ne disposons d'aucun élément de preuve quant à savoir si M. Rivett a utilisé des semences mises en vrac ou ensachées, et il est ainsi équitable d'établir le calcul en fonction de semences mises en vrac, celles-ci donnant lieu au plus important différentiel de profit.

[100] Dans le tableau de Monsanto figurant à la pièce P-1, les données comparatives pour le soja ROUNDUP READY (semences mises en vrac), et le soja conventionnel sont les suivantes :

	Semences ROUNDUP READY mises en vrac	Semences tout-venant conventionnelles
Rendement (boisseau)	39,0	32,9
Prix par boisseau	8,75 \$	8,75 \$
Recettes totales	341,25 \$	287,88 \$
Semences	51,32 \$	18,46 \$
Désherbage		
1 ^{re} application	14,69 \$	14,69 \$
2 ^e application	9,79 \$	37,23 \$
Total — semences et désherbage	75,79 \$	70,38 \$
Ratio rendement- bénéfice/autre	265,46 \$	217,50 \$

[101] In this case the profit differential was even greater than shown in Exhibit P-1 because Mr. Rivett did not pay for the ROUNDUP READY soybean seed that he planted. He inherited it from his father and thus received it at no cost. When the cost of seed is removed from the chart for the ROUNDUP READY soybeans, the return toward profit/other for bulk ROUNDUP READY is increased to \$316.78. Therefore, for every \$1 of profit that would be generated using bulk ROUNDUP READY® soybeans, the farmer would have generated only \$0.69 using conventional beans. Thus, 69 percent of every dollar of profit generated using ROUNDUP READY® soybeans would have been generated had the farmer used conventional beans.

[102] Mr. Rivett's gross profits of infringement has been found to be \$129 477.21. His gross profits of non-infringement, had he used conventional beans, would have been \$89 339.27. The difference between these two amounts, \$40 137.94, is the profit directly attributable to and that results from the infringement of the patent. Accordingly, Mr. Rivett will be ordered to disgorge \$40 137.94 to the plaintiffs.

d. Prejudgment and postjudgment interest

[103] The Federal Court of Appeal in *Reading & Bates* observed that the general rule in an accounting of profits is that there is an award of compound prejudgment interest [at page 504]:

... compound pre-judgment interest as deemed earnings on the profits is the rule, subject to a Court's discretion to mitigate it or to award only simple interest in appropriate circumstances. The good faith of the infringer is certainly a criterion that a judge can take into account in the exercise of his discretion. Other factors could include the highly debatable validity of the patent claim or the fact that compounding the interest may each beyond equity into the realm of punishment. [Footnote omitted.]

[104] In this case, I see no factors that would mitigate an award of compound prejudgment interest. The

[101] En l'espèce le différentiel de profit était encore plus élevé qu'il n'est exposé à la pièce P-1 comme M. Rivett n'a pas payé les semences de soja ROUNDUP READY qu'il a plantées. Il en a hérité de son père et l'a donc obtenu sans engager le moindre frais. Lorsque le coût des semences, ainsi, est soustrait en regard du soja ROUNDUP READY dans le tableau, il y a augmentation à 316,78 \$ du poste ratio rendement-bénéfice/autre pour les semences ROUNDUP READY mises en vrac. En comparaison de chaque 1 \$ de profit tiré par lui en utilisant ces dernières semences, donc, l'agriculteur aurait tiré un profit de 0,69 \$ en utilisant des semences conventionnelles. Au moyen de ces semences conventionnelles, de la sorte, l'agriculteur aurait obtenu 69 % par dollar des bénéfices réalisés au moyen des graines de soja ROUNDUP READY.

[102] On a conclu que les profits bruts tirés de la contrefaçon de M. Rivett étaient de 129 477,21 \$. Ses profits bruts en l'absence de contrefaçon, s'il avait utilisé des graines conventionnelles, auraient été de 89 339,27 \$. La différence entre ces deux montants, soit 40 137,94 \$, est le profit directement attribuable à la contrefaçon du brevet et qui en découle. Il sera par conséquent ordonné à M. Rivett de restituer 40 137,94 \$ aux demandereses.

d. Intérêts avant et après jugement

[103] Dans l'arrêt *Reading & Bates*, la Cour d'appel fédérale a fait observer que l'octroi d'intérêts avant jugement composés était la règle en matière de restitution des bénéfices [à la page 504] :

[...] l'octroi d'intérêts composés au titre de gains réputés tirés des bénéfices est la règle, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour d'en atténuer l'application ou de n'accorder que des intérêts simples lorsque les circonstances le demandent. La bonne foi du contrefacteur peut certes être prise en considération dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. D'autres facteurs peuvent être examinés, dont la validité douteuse de la revendication de brevet ou le fait que l'octroi d'intérêts composés déborde le domaine de l'équité pour entrer dans celui de la punition. [Note de bas de page omise.]

[104] Il n'existe pas selon moi de circonstances justifiant d'atténuer l'application, en l'espèce, de l'octroi

defendant knew that the seed he was planting was patented and knew that he needed a licence to grow it. He is not someone who, in good faith, nonetheless infringed the patent. Accordingly, the defendant is required to pay prejudgment interest on the profits to be disgorged from the date on which he made those profits to the date hereof.

[105] The evidence in the record is that the defendant sold the yield from the ROUNDUP READY soybean seed he planted in stages from late 2004 to mid 2005. The evidence appears to indicate that he had received some of the proceeds by way of a loan, payable when the crop was sold. However, it is not possible to calculate a date for the commencement of prejudgment interest with any degree of precision. The plaintiffs propose that it commence on April 28, 2005, which was the date of one of the sales, approximately at the mid-point of the sale cycle. The defendant made no submission on prejudgment interest and, in the circumstances, the date proposed by the plaintiffs is accepted as reasonable.

[106] Section 36 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 9; 2002, c. 8, s. 36] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] provides that the laws of the province respecting prejudgment interest apply to any action that arose in that province. All the infringing activities of Mr. Rivett occurred in Ontario and thus prejudgment interest is fixed by reference to Ontario law. The plaintiffs proved that under Ontario law, prejudgment interest on the profits award should begin to accrue from the date the defendant obtained the revenue from his infringing activities at the rate of 2.8 percent compounded on a semi-annual basis from April 28, 2005, to the date of judgment.

[107] Section 37 [as am. *idem*, s. 37] of the *Federal Courts Act* provides that interest on judgments is also fixed by reference to the law of the province where the cause of action arose. The plaintiffs provided evidence

d'intérêts avant jugement composés. Le défendeur savait que les semences qu'il plantait étaient brevetées et qu'il avait besoin d'une licence pour les cultiver. Il ne s'agit pas d'une partie qui, tout en agissant de bonne foi, a néanmoins contrefait le brevet. Le défendeur devra donc payer des intérêts avant jugement sur les bénéfices à restituer, de la date de réalisation de ces bénéfices jusqu'à la date des présentes.

[105] Selon la preuve versée au dossier, le défendeur a vendu par étapes, de fin 2004 au milieu de 2005, la récolte tirée des semences de soja ROUNDUP READY qu'il avait plantées. La preuve semble révéler que le défendeur a touché certains des profits sous forme de prêt à rembourser à la vente de la récolte. Il n'est toutefois pas possible d'établir avec la moindre précision la date de départ pour le calcul des intérêts avant jugement. Les demandereses proposent comme date le 28 avril 2005, soit la date d'une des ventes, réalisée vers le milieu du cycle des ventes. Le défendeur n'a présenté aucune observation relativement aux intérêts avant jugement et, dans les circonstances, la date proposée par les demandereses est jugée raisonnable.

[106] Aux termes de l'article 36 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 9; 2002, ch. 8, art. 36] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], les règles de droit d'une province en matière d'intérêts avant jugement s'appliquent à toute action dont le fait générateur y est survenu. Toutes les activités de contrefaçon de M. Rivett sont survenues en Ontario, et ainsi les intérêts avant jugement doivent être établis en fonction du droit ontarien. Or les demandereses ont prouvé qu'en fonction du droit ontarien, les intérêts avant jugement sur le montant des profits calculés par la Cour doivent commencer à courir à compter de la date où le défendeur a touché un revenu de ses activités de contrefaçon, au taux de 2,8 %, les intérêts étant composés semestriellement du 28 avril 2005 à la date du jugement.

[107] L'article 37 [mod., *idem*, art. 37] de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit également que les intérêts pour les jugements doivent être établis en fonction des règles de droit de la province où le fait générateur est

that the rate of interest in Ontario on judgments issuing in the first quarter of 2009, such as this judgment, is set at 4.0 percent.

e. Costs

[108] The parties jointly requested that the Court defer making any award of costs until the other issues raised in this action had been determined. They both wished an opportunity to file written submissions. I will therefore allow the plaintiffs two weeks to prepare a submission on costs not to exceed 10 pages in length. The defendant shall have a further 10 days to respond with a submission not to exceed 10 pages in length. The plaintiffs shall then have 3 days to reply with a submission not to exceed 5 pages in length.

Summary and Conclusion

[109] I have found that the total amount of profits to be disgorged by the defendant and paid to the plaintiffs is \$40 137.94. The plaintiffs are entitled to prejudgment interest at the rate of 2.8 percent compounded on a semi-annual basis from April 28, 2005, to the date hereof and are entitled to postjudgment interest from the date hereof until payment at the rate of 4.0 percent. The matter of costs is reserved pending the receipt of further submissions from the parties.

[110] The Court is aware that the quantum of the disgorgement may not be seen by the plaintiffs to carry with it the severe deterrent effect they had hoped; however, the choice of remedy was the plaintiffs'.

[111] In accordance with rule 394 of the *Federal Courts Rules*, counsel for the plaintiffs is directed to prepare a draft judgment, to be supplemented later, if necessary with additional terms to be settled, and to circulate the draft to counsel for the defendant for

survenu. Or selon la preuve présentée par les demandereses, le taux d'intérêt en Ontario est de 4 % pour les jugements rendus, comme le présent jugement, pendant le premier trimestre de 2009.

e. Dépens

[108] Les parties ont demandé ensemble à la Cour de différer toute adjudication de dépens jusqu'à ce qu'aient été tranchées les autres questions soulevées dans la présente action. Elles ont toutes deux demandé à cet égard que leur soit fournie l'occasion de déposer des observations écrites. J'accorderai par conséquent deux semaines aux demandereses pour la rédaction d'observations sur les dépens, d'une longueur maximale de dix pages. Le défendeur disposera alors de dix jours additionnels pour présenter ses observations, d'une longueur maximale de dix pages, en réponse. Les demandereses disposeront elles-mêmes ensuite d'un délai de trois jours pour répliquer par des observations d'au maximum cinq pages.

Résumé et conclusion

[109] J'ai conclu que le montant total des bénéfices devant être restitués par le défendeur et versés aux demandereses était de 40 137,94 \$. Les demandereses ont droit aux intérêts avant jugement, au taux de 2,8 %, composés semestriellement à compter du 28 avril 2005 jusqu'à la date des présentes, et ont droit aux intérêts après jugement, au taux de 4 %, de la date des présentes jusqu'au paiement. La Cour sursoit au prononcé de sa décision sur la question des dépens jusqu'à la réception des observations des parties.

[110] La Cour conçoit que les demandereses puissent ne pas estimer que le montant à restituer octroyé ait l'effet fortement dissuasif qu'elles souhaitaient; le choix de la réparation était toutefois le leur.

[111] Conformément à la règle 394 des *Règles des Cours fédérales*, il est enjoint aux avocats des demandereses de rédiger un projet de jugement, à compléter par la suite si nécessaire de modalités additionnelles à convenir, et de remettre le projet de jugement pour

comment, within 30 days of the filing of these reasons. If the terms so proposed are not agreed upon by the defendant, the Court would consider written submissions or will hear counsel by teleconference, on the terms of judgment.

¹ Monsanto's Exhibit P-1, discussed in these reasons, shows a calculation of profits made using its product and using conventional seed and Monsanto in this comparison assumes the same sale price for these crop yields.

² Mr. Rivett testified that in fact there are some who now pay a premium for soybeans that are not genetically modified.

commentaires à l'avocat du défendeur, et ce, dans les 30 jours du dépôt des présents motifs. Si les modalités proposées ne sont pas acceptées par le défendeur, la Cour prendra en compte les observations écrites présentées sur ces modalités, ou entendra par téléconférence les observations à ce sujet des avocats des parties.

¹ Pièce P-1 de Monsanto, mentionnée dans les présents motifs, où figure un calcul des profits réalisés en utilisant son produit et en utilisant des graines conventionnelles; Monsanto présume aux fins de cette comparaison que le prix de vente des deux récoltes est le même.

² En fait, selon le témoignage de M. Rivett, certains paient maintenant un supplément pour le soja non modifié génétiquement.

A-128-08
2009 FCA 79

A-128-08
2009 CAF 79

Democracy Watch (*Appellant*)

Démocratie en surveillance (*appelante*)

v.

c.

Barry Campbell and the Attorney General of Canada
(**Office of the Registrar of Lobbyists**) (*Respondents*)

Barry Campbell et le procureur général du Canada
(**Bureau du directeur des lobbyistes**) (*intimés*)

INDEXED AS: DEMOCRACY WATCH v. CAMPBELL (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : DÉMOCRATIE EN SURVEILLANCE c. CAMPBELL (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Nadon, Sharlow and Pelletier
J.J.A.—Toronto, January 12; Ottawa, March 12, 2009.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Sharlow et Pelletier,
J.C.A.—Toronto, 12 janvier; Ottawa, 12 mars 2009.

Ethics — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Registrar of Lobbyists' decision dismissing appellant's complaint — Respondent Campbell, registered to lobby Department of Finance, hosting fundraising dinner for re-election of Secretary of State (International Financial Institutions) — Appellant alleging breach of Lobbyists' Code of Conduct, Rule 8 (conflict of interest) — Issue whether grounds to intervene with respect to Registrar's interpretation of Rule 8 — Concept of conflict of interest in Rule 8 intimately bound to problem of divided loyalties, conflicting obligations — Ethics Counsellor's reading of Rule 8 on which Registrar relying deeply flawed — Finding Rule 8 not prohibiting lobbyists from placing public office holders in conflict of interest so long as no activities proposed, undertaken that would amount to improper influence — Rule against conflicts of interest rule against possibility public office holder may prefer private interests to public interests — Improper influence must be assessed in context of conflict of interest — Public officer's private interest constituting improper influence to which Rule 8 referring — Registrar's interpretation of Rule 8 unreasonable — Appeal allowed.

Éthique — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelante à l'égard du rejet de sa plainte par le directeur des lobbyistes — L'intimé Campbell, enregistré comme lobbyiste auprès du ministère des Finances, a organisé un souper-bénéfice dans le cadre de la campagne de réélection du secrétaire d'État (institutions financières internationales) — L'appelante affirmait qu'il avait enfreint la règle 8 (conflits d'intérêts) du Code de déontologie des lobbyistes — Il s'agissait de savoir s'il existait des motifs justifiant de modifier l'interprétation de la règle 8 faite par le directeur — La notion de conflit d'intérêts à la règle 8 est étroitement liée à la notion d'intérêts divergents ou d'obligations contradictoires — L'interprétation qu'a faite le conseiller en éthique de la règle 8, que le directeur a invoquée, constituait une grave erreur — Il a conclu que la règle 8 n'interdit pas aux lobbyistes de placer les titulaires d'une charge publique en situation de conflit d'intérêts, tant qu'ils ne proposent pas ou ne prennent pas d'action qui constituerait une influence répréhensible — La règle interdisant les conflits d'intérêts vise à empêcher que des titulaires de charges publiques fassent passer leurs intérêts personnels avant ceux de la population — L'influence répréhensible doit être examinée dans le cadre du conflit d'intérêts — L'intérêt privé du titulaire d'une charge publique est l'influence répréhensible à laquelle la règle 8 se réfère — L'interprétation qu'a faite le directeur de la règle 8 était déraisonnable — Appel accueilli.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Registrar of Lobbyists' decision dismissing appellant's complaint — Appellant alleging breach of Lobbyists' Code of Conduct, Rule 8 (conflict of interest) — Federal Court's standard of review analysis not distinguishing between Registrar's decision on merits of complaint, interpretation of Rule 8 — Misconstruing nature of problem

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelante à l'égard du rejet de sa plainte par le directeur des lobbyistes — L'appelante affirmait qu'il y avait eu infraction à la règle 8 (conflits d'intérêts) du Code de déontologie des lobbyistes — L'analyse relative à la norme de contrôle effectuée par la Cour fédérale n'a pas distingué entre la

since failing to examine separately whether Registrar's interpretation of Rule 8 reasonable, thus committing error of law.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant's application for judicial review of the decision of the Registrar of Lobbyists dismissing its complaint. The respondent Barry Campbell hosted a fundraising dinner for the re-election of the Secretary of State (International Financial Institutions), a position associated with the Department of Finance. Mr. Campbell was registered pursuant to the *Lobbyists Registration Act* with respect to a number of lobbying mandates, including the Department of Finance. The appellant filed a complaint alleging that Mr. Campbell had breached Rule 8 of the *Lobbyists' Code of Conduct* regarding conflict of interest. Further to a legislative amendment, responsibility for enforcement of the Code was transferred from the Ethics Counsellor to the Registrar. The Registrar concluded that no breach of the Rule could be found in the absence of evidence that Campbell's involvement in the political fundraising event constituted or led to an actual or attempted interference in the exercise of the Secretary of State's discretionary powers or those of any officials working with him. The Registrar relied in particular on a document regarding Rule 8 and Improper Influence (Advisory Opinion) prepared by the Ethics Counsellor. The Federal Court found that the Registrar's decision was not unreasonable.

The main issues were the appropriate standard of review of the Registrar's decision, and whether there were grounds to intervene with respect to the Registrar's interpretation of Rule 8.

Held, the appeal should be allowed.

The Registrar's decision was a question of mixed fact and law. It involved the application of a legal standard (interpretation of Rule 8) to a set of facts. In the present case, whether or not Mr. Campbell breached Rule 8 of the Code subsumed the question of the interpretation of Rule 8. The interpretation of Rule 8 by the tribunal charged with the responsibility for enforcing the Code is an example of a tribunal interpreting a statute or other normative document with which it has a particular familiarity. In the absence of some other overriding consideration, this suggests that the standard of review of that question is reasonableness. As for the application of the interpretation of Rule 8 to the facts of Mr. Campbell's case, the appropriate standard was reasonableness. In this case, the Federal Court's standard of

décision du directeur sur le bien-fondé de la plainte et son interprétation de la règle 8 — La Cour a mal interprété la nature du problème parce qu'elle n'a pas examiné séparément la question de savoir si l'interprétation qu'a faite le directeur de la règle 8 était raisonnable; il s'agissait donc d'une erreur de droit.

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelante à l'égard du rejet de sa plainte par le directeur des lobbyistes. L'intimé Barry Campbell a organisé un souper-bénéfice dans le cadre de la campagne de réélection du secrétaire d'État (Institutions financières internationales), un poste associé au ministère des Finances. M. Campbell était enregistré conformément à la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes* et il était chargé d'exécuter certains mandats de lobbying, notamment auprès du ministère des Finances. L'appelante a porté plainte, alléguant que M. Campbell avait enfreint la règle 8 du *Code de déontologie des lobbyistes* concernant les conflits d'intérêts. À la suite d'une modification législative, la responsabilité de l'application du Code a été transférée du conseiller en éthique au directeur. Celui-ci a estimé qu'il ne pouvait conclure à l'existence d'une infraction à la règle 8 faute de preuve établissant que la participation de M. Campbell au souper-bénéfice constituait (ou avait mené à) une entrave réelle ou apparente à l'exercice des pouvoirs discrétionnaires du secrétaire d'État ou de ceux de tout fonctionnaire travaillant en collaboration avec lui. Le directeur a notamment invoqué un document concernant la règle 8 et l'influence répréhensible (l'avis consultatif) préparé par le conseiller en éthique. La Cour fédérale a conclu que la décision du directeur n'était pas déraisonnable.

Les principales questions en litige étaient celles de savoir qu'elle était la norme de contrôle applicable à la décision du directeur et s'il existait des motifs justifiant de modifier l'interprétation de la règle 8 faite par le directeur.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

La décision du directeur était une question mixte de fait et de droit. Elle supposait l'application d'une norme juridique (interprétation de la règle 8) à certains faits. En l'espèce, la question de savoir si M. Campbell avait enfreint ou non la règle 8 du Code englobait la question de l'interprétation de la règle 8. L'interprétation de la règle 8 par le tribunal chargé de l'application du Code illustre bien la situation où un tribunal interprète une loi ou un autre texte à caractère normatif dont il a une connaissance approfondie. En l'absence d'autres considérations majeures, cela indique que la norme de contrôle applicable à cette question est la raisonabilité. Quant à l'application de l'interprétation de la règle 8 aux faits en cause dans l'affaire de M. Campbell, la norme appropriée était celle de la raisonabilité. En l'espèce, l'analyse relative à

review analysis did not distinguish between the Registrar's decision on the merits of the complaint and his interpretation of Rule 8. After conducting a pragmatic and functional analysis, the Federal Court determined that the standard of review was reasonableness and found the Registrar's decision reasonable. However, it misconstrued the nature of the problem because it failed to examine separately whether the Registrar's interpretation of Rule 8 was reasonable, and this was an error of law.

As to Rule 8 of the Code, which is entitled "Improper Influence", the Registrar adopted the interpretation set out in the Advisory Opinion written by the Ethics Counsellor when the latter was responsible for the enforcement of the Code. The concept of conflict of interest is an important element in properly understanding Rule 8. The idea of conflict of interest is intimately bound to the problem of divided loyalties or conflicting obligations. While the specific facts giving rise to a conflict of interest will vary from one profession to another, that which leads to the conclusion that a person is subject to a conflict of interest is the presence of a tension between the person's duty and some other interest of obligation.

The Ethics Counsellor found that Rule 8 did not prohibit lobbyists from placing public office holders in a conflict of interest but only prohibited them from placing public office holders in a conflict of interest by proposing or undertaking activities which would amount to improper influence. This was a deeply flawed reading of the Rule. The Rule prohibits lobbyists from placing public office holders in a conflict of interest. The words "by proposing or undertaking any action that would constitute an improper influence on a public office holder" in Rule 8 are properly read as an attempt to elaborate on the meaning of "conflict of interest" in the context of the regulation of lobbyists and not as a limitation on the scope of the prohibition. The rule against conflicts of interest is a rule against the possibility that a public office holder may prefer his or her private interests to the public interest.

The Ethics Counsellor's position that Rule 8 only prohibits those acts which demonstrably result in actual interference in the public office holder's discharge of his duty mistook conflict of interest for corruption. Improper influence has to be assessed in the context of conflict of interest, where the issue is divided loyalties. Since a public office holder has, by definition, a public duty, one can only place a public office holder in a conflict of interest by creating a competing private interest. That private interest, which claims or could claim the public office holder's loyalty, is the improper influence to

la norme de contrôle effectuée par la Cour fédérale n'a pas distingué entre la décision du directeur sur le bien-fondé de la plainte et son interprétation de la règle 8. Après avoir effectué une analyse pragmatique et fonctionnelle, la Cour fédérale a conclu que la norme de contrôle était celle de la raisonabilité et elle a statué que la décision du directeur était raisonnable. Cependant, elle a mal interprété la nature du problème parce qu'elle n'a pas examiné séparément la question de savoir si l'interprétation qu'a faite le directeur de la règle 8 était raisonnable, et il s'agissait d'une erreur de droit.

S'agissant de la règle 8 du Code, intitulée « Influence répréhensible », le directeur a adopté l'interprétation exposée dans l'avis consultatif rédigé par le conseiller en éthique à l'époque où celui-ci était chargé de l'application du Code. Afin de saisir le sens de la règle 8, il est nécessaire de bien comprendre la notion de conflit d'intérêts. La notion de conflit d'intérêts est étroitement liée à la notion d'intérêts divergents ou d'obligations contradictoires. Bien que les faits donnant lieu à un conflit d'intérêts varient d'une profession à l'autre, il est permis de penser qu'une personne se trouve en situation de conflit d'intérêts lorsqu'elle est sujette à une tension entre son devoir et d'autres intérêts ou obligations.

Le conseiller en éthique a conclu que la règle 8 n'interdit pas aux lobbyistes de placer les titulaires d'une charge publique en situation de conflit d'intérêts, mais qu'elle leur interdit seulement de placer les titulaires d'une charge publique en situation de conflit d'intérêts en leur proposant ou en prenant toute action qui constituerait une influence répréhensible. Il s'agissait d'une grave erreur d'interprétation de la règle. Celle-ci interdit aux lobbyistes de placer les titulaires d'une charge publique en situation de conflit d'intérêts. Les mots « en proposant ou en prenant toute action qui constituerait une influence répréhensible sur ces titulaires » dans la règle 8 doivent être compris comme une manière de préciser le sens de ce qui constitue un « conflit d'intérêts » dans le contexte de la réglementation de la conduite des lobbyistes, et non pas comme une limite à l'étendue de l'interdiction. La règle interdisant les conflits d'intérêts vise à empêcher que des titulaires de charges publiques fassent passer leurs intérêts personnels avant ceux de la population.

Le conseiller en éthique, pour qui la règle 8 n'interdit que les actes qui interfèrent directement et de manière démontrable avec l'exercice d'une charge publique, a confondu conflit d'intérêts et corruption. L'influence répréhensible doit être examinée dans le cadre du conflit d'intérêts, où la question est celle des intérêts divergents. Comme le titulaire d'une charge publique a, par définition, un devoir public, on ne place le titulaire d'une charge publique en conflit d'intérêts qu'en faisant entrer un intérêt privé concurrentiel en ligne de compte. Cet intérêt privé, qui influe, ou pourrait influencer, sur la loyauté du titulaire d'une charge

which the Rule refers. Therefore, the Registrar's interpretation of Rule 8 was unreasonable and was set aside.

publique est l'influence répréhensible à laquelle la règle se réfère. Par conséquent, l'interprétation de la règle qu'a faite le directeur était déraisonnable et elle a été annulée.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

An Act to amend the Parliament of Canada Act (Ethics Commissioner and Senate Ethics Officer) and other Acts in consequence, S.C. 2004, c. 7, s. 23.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 52 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 17; 2002, c. 8, s. 50).
Lobbyists Registration Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 44, preamble (as am. by S.C. 2003, c. 10, s. 1), ss. 5(1) (as am. *idem*, s. 4), 7(1) (as am. *idem*, s. 7), 10.2(1) (as enacted by S.C. 1995, c. 12, s. 5; 2004, c. 7, s. 39).

CASES CITED

CONSIDERED:

Democracy Watch v. Canada (Attorney General), 2004 FC 969, [2004] 4 F.C.R. 83, 20 Admin. L.R. (4th) 163, 257 F.T.R. 6; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, 232 D.L.R. (4th) 385, [2003] CLLC 220-071; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Cox v. College of Optometrists of Ontario* (1988), 65 O.R. (2d) 461, 52 D.L.R. (4th) 298, 33 Admin. L.R. 287 (Div. Ct.); *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177, 281 D.L.R. (4th) 640, [2007] 7 W.W.R. 381.

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1.

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1979, "undue influence".
Black's Law Dictionary, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, "conflict of interest".
Code of Professional Conduct. Revised edition 2006: amendments adopted by Council, August 2004 and February 2006. Ottawa: Canadian Bar Association, 2006.
Lobbyists' Code of Conduct, 1997, *C. Gaz.* 1997.I.331, preamble, RR. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi modifiant la Loi sur le Parlement du Canada (conseiller sénatorial en éthique et commissaire à l'éthique) et certaines lois en conséquence, L.C. 2004, ch. 7, art. 23.
Loi sur l'enregistrement des lobbyistes, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 44, préambule (mod. par L.C. 2003, ch. 10, art. 1), art. 5(1) (mod., *idem*, art. 4), 7(1) (mod., *idem*, art. 7), 10.2(1) (édicte par L.C. 1995, ch. 12, art. 5; 2004, ch. 7, art. 39).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 52 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 17; 2002, ch. 8, art. 50).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général), 2004 CF 969, [2004] 4 R.C.F. 83; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Cox v. College of Optometrists of Ontario* (1988), 65 O.R. (2d) 461, 52 D.L.R. (4th) 298, 33 Admin. L.R. 287 (C. div.); *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177.

DÉCISIONS CITÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226.

DOCTRINE CITÉE

Black's Law Dictionary, 5^e éd. St. Paul, Minn. : West Pub. Co., 1979, « *undue influence* ».
Black's Law Dictionary, 7^e éd. St. Paul, Minn. : West Group, 1999, « *conflict of interest* ».
Code de déontologie des lobbyistes, 1997, *Gaz. C.* 1997.I.331, préambule, règles 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8.
Code de déontologie professionnelle. Édition révisée, 2006 : modifications adoptées par le Conseil, août 2004 et février 2006. Ottawa : Association du Barreau canadien, 2006.

Rule 8 — Improper Influence — Lobbyists and Leadership Campaigns. Guidelines issued by Howard R. Wilson, Ethics Counsellor, September 2002, online: <<http://www.ocl-cal.gc.ca/eic/site/lobbyist-lobbyiste1.nsf/eng/nx00029.html>>.

APPEAL from a Federal Court decision (2008 FC 214, 324 F.T.R. 44) dismissing the appellant's application for judicial review of the decision of the Registrar of Lobbyists dismissing its complaint. Appeal allowed.

APPEARANCES

David Baker and Balpreet Singh Bopari for appellant.
Peter H. Griffin and Jordan B. Goldblatt for respondent Barry Campbell.
Michael H. Morris and Derek C. Allen for respondent Attorney General of Canada.

SOLICITORS OF RECORD

Bakerlaw, Toronto, for appellant.
Lenczner Slaght Royce Smith Griffin LLP, Toronto, for respondent Barry Campbell.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Attorney General of Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] PELLETIER J.A.: This appeal deals with the meaning of Rule 8 of the *Lobbyists' Code of Conduct* [1997, *C. Gaz.* 1997.I.331] (the Code), a code promulgated [S.C. 1995, c. 12, s. 5] under the *Lobbyists Registration Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 44 (the LRA). The appeal is from the decision of Deputy Judge Frenette of the Federal Court (the Deputy Judge), dismissing Democracy Watch's application for judicial review of the decision of the Registrar of Lobbyists (the Registrar) dismissing its complaint. The Deputy Judge's reasons (the reasons) are reported as *Democracy Watch v. Campbell*, 2008 FC 214, 324 F.T.R. 44.

Règle 8 — Influence répréhensible — Les lobbyistes et les campagnes à la direction. Lignes directrices d'Howard R. Wilson, conseiller en éthique, septembre 2002, en ligne : <<http://www.ocl-cal.gc.ca/eic/site/lobbyist-lobbyiste1.nsf/fra/nx00029.html>>.

APPEL de la décision (2008 CF 214, 324 F.T.R. 44) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelante à l'égard du rejet de sa plainte par le directeur des lobbyistes. Appel accueilli.

ONT COMPARU

David Baker et Balpreet Singh Bopari pour l'appelante.
Peter H. Griffin et Jordan B. Goldblatt pour l'intimé Barry Campbell.
Michael H. Morris et Derek C. Allen pour l'intimé procureur général du Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Bakerlaw, Toronto, pour l'appelante.
Lenczner Slaght Royce Smith Griffin LLP, Toronto, pour l'intimé Barry Campbell.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé procureur général du Canada.

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

[1] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Le présent appel porte sur le sens de la règle 8 du *Code de déontologie des lobbyistes* [1997, *Gaz. C.* 1997.I.331] (le Code), code élaboré [édicte par L.C. 1995, ch. 12, art. 5] conformément à la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 44 (la LEL). La décision frappée d'appel est celle du juge suppléant Frenette de la Cour fédérale (le juge suppléant), qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire de Démocratie en surveillance à l'égard du rejet de sa plainte par le directeur des lobbyistes (le directeur). Les motifs du juge suppléant (les motifs) sont publiés dans *Démocratie en surveillance c. Campbell*, 2008 CF 214.

THE FACTS

[2] In September 1999, Mr. Barry Campbell, at Mr. James Peterson's invitation, hosted a fundraising dinner for the latter, a Liberal Member of Parliament who was running for re-election. The circumstances which brought this arrangement to the attention of Democracy Watch were that, at the time, Mr. Peterson was Secretary of State (International Financial Institutions), a Cabinet appointment with certain responsibilities in relation to the Department of Finance, while Mr. Campbell was registered pursuant to the LRA with respect to a number of lobbying mandates, one of which involved Mr. Peterson and the Department of Finance.

[3] On April 13, 2000, Democracy Watch complained to the Ethics Counsellor, who was then responsible for the enforcement of the Code. Democracy Watch alleged that Mr. Campbell had breached Rule 8 of the Code which states:

Lobbyists shall not place public office holders in a conflict of interest by proposing or undertaking any action that would constitute an improper influence on a public office holder.

[4] Despite the fact that this complaint was among the first, if not the first, filed by Democracy Watch under the newly promulgated Code, the Ethics Counsellor had not ruled on it by the time the law was amended to transfer responsibility for enforcement of the Code to the Registrar: see S.C. 2004, c. 7, s. 23 [*An Act to amend the Parliament of Canada Act (Ethics Commissioner and Senate Ethics Officer) and other Acts in consequence*]. On February 25, 2005, the Registrar wrote to Democracy Watch to ask if it was still interested in pursuing its complaint with respect to Mr. Campbell. On June 17, 2005, Democracy Watch indicated that it wanted the Registrar to deal with its complaint.

[5] On October 10, 2006, the Registrar wrote to Democracy Watch to advise it of his findings. The letter began by setting out Rule 8 and noting that "the advice currently provided to lobbyists on Rule 8 is available at the Office of the Registrar of Lobbyists' website". The letter went on to state the view of the Office of the

LES FAITS

[2] En septembre 1999, M. Barry Campbell, à l'invitation de M. James Peterson, a organisé un souper-bénéfice pour ce dernier, un député libéral du Parlement qui faisait campagne pour sa réélection. Ce fait est venu à l'attention de Démocratie en surveillance parce qu'à cette époque M. Peterson était secrétaire d'État (Institutions financières internationales), un poste au sein du cabinet rattaché à certaines responsabilités en lien avec le ministère des Finances, tandis que M. Campbell était un lobbyiste enregistré, conformément à la LEL, chargé d'exécuter certains mandats de lobbying, dont un qui concernait M. Peterson et le ministère des Finances.

[3] Le 13 avril 2000, Démocratie en surveillance a porté plainte auprès du conseiller en éthique, qui était chargé de l'application du Code à l'époque. Démocratie en surveillance a allégué que M. Campbell avait enfreint la règle 8 du Code, selon laquelle :

Les lobbyistes doivent éviter de placer les titulaires d'une charge publique en situation de conflit d'intérêts en proposant ou en prenant toute action qui constituerait une influence répréhensible sur ces titulaires.

[4] En dépit du fait que cette plainte était une des premières, sinon la première, formulée par Démocratie en surveillance en vertu du Code nouvellement adopté, le conseiller en éthique n'avait toujours pas statué sur la plainte au moment où la loi a été modifiée et que la responsabilité de l'application du Code a été transférée au directeur (voir L.C. 2004, ch. 7, art. 23 [*Loi modifiant la Loi sur le Parlement du Canada (conseiller sénatorial en éthique et commissaire à l'éthique) et certaines lois en conséquence*]). Le 25 février 2005, ce dernier a écrit à Démocratie en surveillance pour savoir si elle voulait donner suite à sa plainte à l'égard de M. Campbell. Le 17 juin 2005, Démocratie en surveillance a fait savoir qu'elle voulait que le directeur procède à l'examen de sa plainte.

[5] Le 10 octobre 2006, le directeur a écrit à Démocratie en surveillance pour l'aviser de ses conclusions. La lettre commençait par reproduire la règle 8 et souligner que [TRADUCTION] « les conseils actuellement fournis aux lobbyistes à propos de la règle 8 se trouvent sur le site Web du Bureau du directeur des lobbyistes ».

Registrar that “improper influence” is a question of fact in each case and that the factors to be taken into account in determining whether any action constitutes an improper influence include, but are not limited to (A.B., Vol. 1, at page 111):

- whether there has been interference with the decision, judgment or action of the public office holder;
- whether there has been a wrongful constraint whereby the will of the public office holder was overpowered and whether the public office holder was induced to do or forbear an act which he or she would not do if left to act freely; and
- whether there has been a misuse of a position of confidence or whether the lobbyist took advantage of a public office holder’s weakness, infirmity or distress to alter that public office holder’s actions or decisions.

[6] These factors are taken from a publication prepared by the Ethics Counsellor entitled, *Rule 8 — Improper Influence — Lobbyists and Leadership Campaigns*, which, as of the date of these reasons, could still be found on the Office of the Registrar of Lobbyists’ Web site at: <<http://www.ocl-cal.gc.ca/eic/site/lobbyist-lobbyiste1.nsf/eng/nx00029.html>>. In its materials, Democracy Watch referred to this document as the “Advisory Opinion”, and I will do the same in these reasons.

[7] The Registrar went on to advise that his Office examined relevant documents and interviewed key individuals, “including current and former public office holders from the Department of Finance and elsewhere” (A.B., Vol. 1, at page 111). On the basis of his view of the requirements of the Rule and the investigative work undertaken by his office, the Registrar concluded as follows (A.B., Vol. 1, at page 111):

Based on the evidence gathered, the Office of the Registrar of Lobbyists has determined that Mr. Campbell did not interfere with Secretary of State Peterson’s action or decisions and

La lettre poursuivait en exposant le point de vue du Bureau du directeur selon lequel « l’influence répréhensible » est toujours une question de fait et que les facteurs à prendre en compte afin de déterminer si une action constitue une influence répréhensible incluent, parmi d’autres, les points suivants (dossier d’appel, vol. 1, à la page 111) :

- s’il y a eu atteinte à la décision, au jugement ou à l’action du titulaire d’une charge publique;
- s’il y a eu contrainte préjudiciable par laquelle la volonté du titulaire d’une charge publique a été maîtrisée et où le titulaire d’une charge publique a été poussé à accomplir un acte ou s’est abstenu d’accomplir un acte, comportement qu’il n’aurait pas eu s’il avait été libre d’agir;
- s’il y a eu abus de la position de confiance ou que le lobbyiste a tiré avantage de la faiblesse, de l’infirmité ou de la détresse d’un titulaire d’une charge publique pour modifier les actes ou décisions de ce dernier.

[6] Ces facteurs figurent dans une publication intitulée *Règle 8 — Influence répréhensible — Les lobbyistes et les campagnes à la direction* préparée par le conseiller en éthique, qui, à la date des présents motifs, se trouvait toujours sur le site Web du Bureau du directeur des lobbyistes à l’adresse suivante : <<http://www.ocl-cal.gc.ca/eic/site/lobbyist-lobbyiste1.nsf/fra/nx00029.html>>. Dans ses documents, Démocratie en surveillance a fait référence à ce document sous le nom d’« avis consultatif » et je ferai de même dans les présents motifs.

[7] Le directeur a ensuite avisé Démocratie en surveillance que son Bureau avait examiné les documents pertinents et interrogé les principaux intéressés [TRADUCTION] « y compris les titulaires actuels et anciens de charges publiques du ministère des Finances et d’ailleurs » (dossier d’appel, vol. 1, à la page 111). Suivant son interprétation des exigences de la règle 8 et le travail d’enquête effectué par son Bureau, le directeur a conclu ce qui suit (dossier d’appel, à la page 111, vol. 1) :

[TRADUCTION] Vu la preuve recueillie, le Bureau du directeur des lobbyistes a conclu que M. Campbell ne s’était pas ingéré dans les actions et les décisions du secrétaire d’État Peterson.

that his accepting to take on the Chair of the *Friends of Jim Peterson* did not cause Secretary of State Peterson to treat his [Campbell's] client (or ask his staff to treat his [Campbell's] client) favourably. In addition, the Office of the Registrar of Lobbyists has concluded that the role and discretion of officials working on the relevant file had not been in any way constrained.

Therefore, we have concluded that Mr. Campbell did not breach Rule 8 of the *Lobbyists' Code of Conduct*, when he became Chair of the *Friends of Jim Peterson* while being registered to lobby the Department of Finance.

[8] Thus, the Registrar concluded that he could not find a breach of the Rule in the absence of evidence that Mr. Campbell's involvement in the political fundraising event for Mr. Peterson constituted or led to an actual or attempted interference in the exercise of the discretionary powers vested in Mr. Peterson in his capacity as Secretary of State (International Financial Institutions) or any officials working with him in that position.

[9] The Registrar went on to say that he took a broader view of the Code than did his predecessor, the Ethics Counsellor. Since Democracy Watch attributes some significance to his comments, they are reproduced below (A.B., Vol. 1, at pages 111–112):

I take a view of the *Lobbyists' Code of Conduct* that is more broad than that of the former Ethics Counsellor. You will note that the version of the Code that is posted on the Office of the Registrar of Lobbyists' website no longer includes the constraint that a rule must be broken in order to initiate an investigation. It would be unfair to retroactively impose my approach to enforcement of the *Lobbyists' Code of Conduct* upon lobbyists who operated under the previous approach to enforcing the Code. However, I will expect lobbyists to observe both the spirit and the letter of the entire *Lobbyists' Code of Conduct* in their current and future lobbying assignments.

Il a également estimé que le fait que M. Campbell ait accepté le poste de président de l'organisation *Friends of Jim Peterson* n'a pas amené le secrétaire d'État Peterson à traiter le client de M. Campbell (ou à demander à ses employés de traiter le client de M. Campbell) favorablement. De plus, le Bureau du directeur des lobbyistes a conclu que le rôle et le pouvoir discrétionnaire des fonctionnaires travaillant au dossier concerné n'avaient aucunement été entravés.

Par conséquent, j'estime que M. Campbell n'a pas enfreint la règle 8 du *Code de déontologie des lobbyistes* en acceptant le poste de directeur de l'organisation *Friends of Jim Peterson* tout en étant enregistré comme lobbyiste auprès du ministère des Finances.

[8] Conséquemment, le directeur a estimé qu'il ne pouvait conclure à l'existence d'une infraction à la règle 8 faute de preuve établissant que la participation de M. Campbell au souper-bénéfice organisé pour M. Peterson constituait (ou avait mené à) une entrave réelle ou apparente à l'exercice des pouvoirs discrétionnaires que conférerait à M. Peterson sa fonction de secrétaire d'État (Institutions financières internationales) ou à tout fonctionnaire travaillant en collaboration avec lui à ce poste.

[9] Le directeur a ajouté qu'il avait donné un sens plus large au Code que son prédécesseur, le conseiller en éthique. Étant donné que Démocratie en surveillance accorde une certaine importance aux propos du directeur, ceux-ci sont reproduits ci-dessous (dossier d'appel, vol. 1, aux pages 111 et 112) :

[TRADUCTION] Le point de vue que j'ai adopté au sujet du *Code de déontologie des lobbyistes* est plus large que celui adopté précédemment par le conseiller en éthique. Vous remarquerez que la version du Code qui se trouve sur le site Web du Bureau du directeur des lobbyistes ne prévoit plus qu'il doit y avoir eu infraction à une règle pour qu'une enquête soit effectuée. Il serait injuste d'imposer rétroactivement la nouvelle façon d'appliquer le *Code de déontologie des lobbyistes* aux lobbyistes qui ont agi en fonction de ce qui se faisait précédemment. Cependant, je m'attends à ce que les lobbyistes respectent tout autant l'esprit que la lettre de l'ensemble du *Code de déontologie des lobbyistes* dans le cadre de leurs mandats de lobbying présents et futurs.

THE DECISION BELOW

[10] Democracy Watch disagreed with the Registrar's decision and brought an application for judicial review, which was heard by the Deputy Judge. A number of arguments made before him were not pursued in this appeal. As a result, this summary of the Deputy Judge's reasons will deal only with those aspects of his decision that were contested before us, namely, the standard of review, the appropriateness of the Registrar's interpretation of Rule 8 in light of the proper standard of review, the application of the doctrine of legitimate expectations and the issue of costs given the submission of Democracy Watch that it is a public interest litigant.

[11] The Deputy Judge addressed the question of standard of review by conducting a pragmatic and functional analysis. On the basis of his analysis, the Deputy Judge found that the applicable standard of review was that of reasonableness, so that he ought not to interfere with the Registrar's decision unless it did not stand up to a somewhat probing examination.

[12] Applying that standard of review, the Deputy Judge held that the Registrar's decision was not unreasonable. He rejected the argument that the question of the reasonableness of the Registrar's interpretation was *res judicata*, so far as Democracy Watch was concerned, because that question had been previously decided in proceedings to which Democracy Watch was a party: *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 969, [2004] 4 F.C.R. 83 (*Democracy Watch*). In that case (at paragraph 85), Gibson J. found that:

I would not be prepared to conclude on the evidence before me that the Ethics Counsellor's interpretation of Rule 8 of the Lobbyists' Code, issued January 21, 2003, and underlying his ruling or decision on the Nine Lobbyists' petition or complaint, in and of itself, was such an "unreasonable interpretation", strict as it was, as to give rise to a reviewable error.

LA DÉCISION DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE

[10] Démocratie en surveillance n'était pas d'accord avec la décision du directeur et a produit une demande de contrôle judiciaire, qui a été entendue par le juge suppléant. Certains des arguments soulevés devant lui ne l'ont pas été devant notre Cour. En conséquence, le résumé des motifs du juge suppléant ne portera que sur les aspects de sa décision qui ont été contestés en l'espèce, c'est-à-dire la norme de contrôle, la justesse de l'interprétation qu'a faite le directeur de la règle 8 à la lumière de la norme de contrôle appropriée, l'application de la théorie de l'expectative légitime et la question des dépens au regard de la prétention de Démocratie en surveillance d'agir à titre de défenseur de l'intérêt public.

[11] Le juge suppléant a abordé la question de la norme de contrôle en menant une analyse pragmatique et fonctionnelle. S'appuyant sur cette analyse, le juge suppléant a conclu que la norme de contrôle applicable était celle de la raisonabilité, de sorte qu'il devait s'abstenir d'intervenir à l'égard de la décision du directeur, à moins que celle-ci ne résiste pas à un examen assez poussé.

[12] Appliquant cette norme de contrôle, le juge suppléant a conclu que la décision du directeur n'était pas déraisonnable. Il a rejeté l'argument selon lequel la question de la raisonabilité de l'interprétation du directeur était chose jugée s'agissant de Démocratie en surveillance, parce que cette question avait été tranchée précédemment dans une affaire à laquelle Démocratie en surveillance était partie (*Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 969, [2004] 4 R.C.F. 83 (*Démocratie en surveillance*)). Dans cette affaire, le juge Gibson a conclu (au paragraphe 85) :

Je ne suis pas disposé à conclure, compte tenu de la preuve dont je dispose, que l'interprétation donnée par le conseiller en éthique à la règle 8 du Code des lobbyistes, divulguée le 21 janvier 2003, sur laquelle était fondée sa décision relative à la requête ou plainte concernant les neuf lobbyistes était en soi tellement [TRADUCTION] «déraisonnable», restrictive comme elle l'était, qu'elle donnait lieu à une erreur susceptible de contrôle.

[13] The Deputy Judge found that these comments were *obiter dicta*, in that Gibson J. had previously disposed of the application before him on the ground of bias, and so, his comments had no binding or persuasive effect. Nonetheless, in the context of his analysis of Democracy Watch’s allegations of bias—allegations which were not pursued in this Court—the Deputy Judge indicated that he agreed with Gibson J.’s assessment that the Ethics Counsellor’s interpretation of Rule 8 was not unreasonable.

[14] The Deputy Judge found that the Registrar investigated the facts surrounding Mr. Campbell’s fundraising for Mr. Peterson and that he applied the analysis set out in the Advisory Opinion. The Deputy Judge quoted the Registrar’s conclusion that he “found that there were not sufficient indicia of improper influence to support reasonable grounds of belief that Mr. Campbell’s actions constituted a breach of Rule 8” (the reasons, at paragraph 45). The Deputy Judge went on to say that:

While the “reasonable grounds to believe” test is not a significant threshold, as noted by Justice Gibson in *Democracy Watch I*, it behove the Registrar to not merely have reasonable belief that there was some appearance of impropriety, but that there had been a breach of Rule 8. He did not find that, and was not unreasonable in doing so.

[15] On the matter of costs, Democracy Watch argued that it should be awarded its costs against the Attorney General of Canada, but did not seek costs against Mr. Campbell (the reasons, at paragraph 50). Democracy Watch argued that it was entitled to its costs in any event of the cause in its capacity as a public interest litigant, even though counsel for Democracy Watch was acting *pro bono*.

[16] The Deputy Judge found that all of the issues in the application before him had been dealt with in *Democracy Watch*. The allegations of bias had been addressed by amendments to the legislation, which dealt

[13] Le juge suppléant a estimé qu’il s’agissait là de remarques incidentes, en ce que le juge Gibson avait déjà disposé de la demande produite devant lui sur la base de la partialité, et que par conséquent, ses remarques n’avaient pas d’effet contraignant ou persuasif. Néanmoins, dans le cadre de son analyse des allégations de partialité de Démocratie en surveillance — allégations qui n’ont pas été reprises devant la Cour — le juge suppléant a indiqué qu’il était d’accord avec l’opinion du juge Gibson selon laquelle l’interprétation qu’avait faite le conseiller en éthique de la règle 8 n’était pas déraisonnable.

[14] Le juge suppléant a conclu que le directeur avait examiné les faits concernant le souper-bénéfice organisé par M. Campbell pour M. Peterson et qu’il avait appliqué l’analyse décrite dans l’avis consultatif. Le juge suppléant a cité les conclusions du directeur selon lesquelles il avait « conclu qu’il n’y avait pas assez d’indices d’influence répréhensible pour étayer des motifs raisonnables de croire que les actions de M. Campbell constituaient une infraction à la règle n° 8 » (motifs, au paragraphe 45). Le juge a ensuite ajouté :

Bien que le critère des « motifs raisonnables de croire » ne soit pas un critère préalable important, comme l’a signalé le juge Gibson dans la décision *Démocratie en surveillance n° 1*, il était du devoir du directeur des lobbyistes de ne pas simplement croire de manière raisonnable qu’il y avait une apparence quelconque d’irrégularité, mais qu’il y avait eu une infraction à la règle n° 8. Il n’a pas conclu qu’il y avait eu infraction, et il n’a pas ainsi agi de manière déraisonnable.

[15] Sur la question des dépens, Démocratie en surveillance a fait valoir que les dépens devaient lui être adjugés à l’encontre du procureur général du Canada, mais elle ne les a pas demandés à l’encontre de M. Campbell (motifs, au paragraphe 50). Démocratie en surveillance a expliqué qu’elle avait droit aux dépens peu importe l’issue de l’affaire en raison du fait qu’elle agissait à titre de défenseur de l’intérêt public, même si l’avocat de Démocratie en surveillance s’est occupé de l’affaire bénévolement.

[16] Le juge suppléant a conclu que toutes les questions propres à la demande qui lui était soumise avaient été tranchées dans *Démocratie en surveillance*. Les modifications à la Loi avaient tenu compte des

with the lack of independence identified by Gibson J. *Democracy Watch* also addressed the question of standard of review and the reasonableness of the interpretation of Rule 8 found in the Advisory Opinion, which was adopted by the Registrar. In the result, the Deputy Judge held that the issues raised in the application before him were not questions of public interest, such that *Democracy Watch* should be relieved of the obligation to pay costs if unsuccessful in its application. As a result, he made an award of costs against *Democracy Watch* in favour of both Mr. Campbell and the Attorney General.

allégations de partialité et ont apporté une solution au manque d'indépendance souligné par le juge Gibson. La décision *Démocratie en surveillance* avait également statué sur la question de la norme de contrôle et de la raisonnable de l'interprétation, faite par le directeur, de la règle 8 dans l'avis consultatif. Enfin, le juge suppléant a estimé que les questions soulevées dans la demande dont il était saisi n'étaient pas des questions d'intérêt public qui auraient permis à *Démocratie en surveillance* d'être relevée de l'obligation de payer les dépens dans le cas où l'issue du litige lui était défavorable. Par conséquent, les dépens ont été adjugés à M. Campbell et au procureur général du Canada, à l'encontre de *Démocratie en surveillance*.

ISSUES

[17] *Democracy Watch* characterizes the issues in this appeal as follows:

- 1- What is the appropriate standard of review of the Registrar's decision?
- 2- What is the correct interpretation of Rule 8 of the *Lobbyists' Code of Conduct*?
- 3- Did the Registrar err in applying the "doctrine of legitimate expectations" to the facts of this case?
- 4- Is *Democracy Watch* a public interest litigant before this Court?

[18] The second issue, as framed by *Democracy Watch*, assumes that the standard of review of the Registrar's decision is correctness. A more neutral statement of the issue would be: "Are there grounds to intervene with respect to the Registrar's interpretation of Rule 8?"

[19] The issue of the application of the doctrine of legitimate expectations does not appear to have been raised before the Deputy Judge. In light of *Democracy Watch*'s submissions, it appears to me that the issue it seeks to address is whether the Registrar fettered his

QUESTIONS EN LITIGE

[17] *Démocratie en surveillance* formule ainsi les questions en litiges en l'espèce :

- 1- Quelle est la norme de contrôle applicable à la décision du directeur?
- 2- Quelle est l'interprétation correcte de la règle 8 du *Code de déontologie des lobbyistes*?
- 3- Le directeur a-t-il commis une erreur en appliquant la « théorie de l'expectative légitime » aux faits en l'espèce?
- 4- *Démocratie en surveillance* agit-elle à titre de défenseur de l'intérêt public en l'espèce?

[18] La deuxième question, telle que la formule *Démocratie en surveillance*, sous-entend que la norme de contrôle applicable à la décision du directeur est celle de la décision correcte. Une formulation plus neutre de la question serait : « Existe-t-il des motifs justifiant de modifier l'interprétation de la règle 8 faite par le directeur? »

[19] La question de l'application de la théorie de l'expectative légitime ne semble pas avoir été soulevée devant le juge suppléant. À la lumière des prétentions de *Démocratie en surveillance*, j'estime que la question qu'elle cherche à soulever est de savoir si le directeur a

discretion by applying the Ethics Counsellor's interpretation of the Code, rather than his own. I propose to restate this issue as: "Did the Registrar fetter his discretion?"

ANALYSIS

1- What is the appropriate standard of review of the Registrar's decision?

[20] In its memorandum of fact and law, Democracy Watch undertakes the standard of review analysis and concludes that, in the case of the Registrar's decision, the standard is correctness. Democracy Watch identifies the nature of the question as consisting of three questions of law (the interpretation of Rule 8, the application of the doctrine of legitimate expectations, and its status as a public interest litigant), questions which it says are of general importance and outside the Registrar's area of expertise. In my view, this analysis fails to properly address either the Deputy Judge's reasoning or the nature of the question decided by the Registrar.

[21] The Registrar's decision is a question of mixed fact and law. It involves the application of a legal standard (the interpretation of Rule 8) to a set of facts (Mr. Campbell's involvement in Mr. Peterson's fundraising dinner). Generally, in an application for judicial review, such questions are to be reviewed on the same standard as questions of fact, which is reasonableness, unless it is possible to identify an extricable question of law, in which case the discrete legal question is to be reviewed on the basis which is appropriate in the circumstances: see by analogy *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*), at paragraph 26.

[22] If an extricable question of law is an issue in a judicial review and that question is one which is "of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise," then the appropriate standard will be correctness: see

entravé indûment son pouvoir discrétionnaire en choisissant d'appliquer l'interprétation qu'a faite le conseiller en éthique du Code plutôt que la sienne. Je propose de reformuler cette question de la manière suivante : « Le directeur a-t-il restreint indûment son pouvoir discrétionnaire? »

ANALYSE

1- Quelle est la norme de contrôle applicable à la décision du directeur?

[20] Dans son exposé des faits et du droit, Démocratie en surveillance entreprend l'analyse relative à la norme de contrôle et conclut qu'en ce qui concerne la décision du directeur, la norme applicable est celle de la décision correcte. Démocratie en surveillance fait valoir que la question comporte trois points de droit (l'interprétation de la règle 8, l'application de la théorie de l'expectative légitime et sa qualité de défenseur de l'intérêt public), des points, qui selon elle, sont de portée générale et qui sortent du champ d'expertise du directeur. À mon avis, cette analyse ne prend pas correctement en compte le raisonnement du juge suppléant ou la nature de la question tranchée par le directeur.

[21] La décision du directeur est une question mixte de fait et de droit. Elle suppose l'application d'une norme juridique (l'interprétation de la règle 8) à certains faits (la participation de M. Campbell à un souper-bénéfice organisé par M. Peterson). Généralement, dans une demande de contrôle judiciaire, ces questions doivent être examinées suivant la même norme que les questions de fait, celle de la raisonnable, à moins qu'il soit possible de discerner une question de droit isolable, auquel cas le point de droit indépendant devra être examiné en fonction de critères appropriés dans les circonstances (voir par analogie *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 (*Housen*), au paragraphe 26).

[22] Dans le cas où une question de droit isolable est en litige dans un processus de contrôle judiciaire et que cette question est « d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre », la norme appropriée

Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at paragraph 62; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 60. On the other hand, where the question of law arises in the course of a tribunal interpreting “its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity”, then reasonableness may be the appropriate standard: see *Dunsmuir*, at paragraph 54.

[23] In the present case, whether or not Mr. Campbell breached Rule 8 of the Code subsumes the question of the interpretation of Rule 8, an extricable question of law. The interpretation of Rule 8 by the tribunal charged with the responsibility for enforcing the Code is an example of a tribunal interpreting a statute or other normative document with which it has a particular familiarity. In the absence of some other, overriding, consideration, this suggests that the standard of review of that question is reasonableness: see *Dunsmuir*, at paragraph 54.

[24] As for the application of the interpretation of Rule 8 to the facts of Mr. Campbell’s case, the appropriate standard is that applicable to the review of questions of mixed fact and law, reasonableness.

[25] This Court’s role, on appeal from a judicial review of an administrative tribunal’s decision, is to determine if the tribunal has correctly identified the appropriate standard of review, and if it has, to confirm that it has properly applied that standard: see *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 43.

[26] In this case, the Deputy Judge’s standard of review analysis did not distinguish between the Registrar’s decision on the merits of the complaint and his interpretation of Rule 8. He simply decided, after conducting a pragmatic and functional analysis, that the standard of review of the Registrar’s decision was reasonableness. He then went on to find that the Registrar’s decision was not unreasonable. In proceeding

sera celle de la décision correcte (voir *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, au paragraphe 62; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 60). D’autre part, lorsque la question de droit est soulevée alors que le tribunal interprète « sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie », la norme appropriée peut être celle de la raisonabilité (voir *Dunsmuir*, au paragraphe 54).

[23] En l’espèce, la question de savoir si M. Campbell a enfreint la règle 8 du Code englobe la question de l’interprétation de la règle 8, qui est une question de droit isolable. L’interprétation de la règle 8 par le tribunal chargé de l’application du Code illustre bien la situation où un tribunal interprète une loi ou un autre texte à caractère normatif dont il a une connaissance approfondie. En l’absence d’autres considérations majeures, cela indique que la norme de contrôle applicable à cette question est la raisonabilité (voir *Dunsmuir*, au paragraphe 54).

[24] Quant à l’application de l’interprétation de la règle 8 aux faits en cause dans l’affaire de M. Campbell, la norme appropriée est celle qui est applicable à l’examen des questions mixtes de droit et de fait, c’est-à-dire celle de la raisonabilité.

[25] Le rôle de notre Cour, lorsqu’il est interjeté appel du contrôle judiciaire de la décision d’un tribunal administratif, est de déterminer si le tribunal administratif en question a choisi la norme de contrôle appropriée, et si tel est le cas, de déterminer si la norme a été appliquée correctement (voir *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 43).

[26] En l’espèce, l’analyse relative à la norme de contrôle effectuée par le juge suppléant n’a pas distingué entre la décision du directeur sur le bien-fondé de la plainte et son interprétation de la règle 8. Le juge a simplement conclu, après avoir effectué une analyse pragmatique et fonctionnelle, que la norme de contrôle de la décision du directeur était celle de la raisonabilité. Il a ensuite conclu que la décision du directeur n’était

in that truncated fashion, the Deputy Judge misconstrued the nature of the problem before him because he failed to examine separately whether the Registrar's interpretation of Rule 8 was reasonable. In my view, his failure to examine that legal question separately was an error of law.

2- Are there grounds to intervene with respect to the Registrar's interpretation of Rule 8?

[27] The authority to promulgate the Code is found at section 10.2 [as enacted by S.C. 1995, c. 12, s. 5; 2004, c. 7, s. 39] of the LRA, which provides as follows:

10.2 (1) The registrar shall develop a Lobbyists' Code of Conduct respecting the activities described in subsections 5(1) and 7(1).

[28] Subsections 5(1) [as am. by S.C. 2003, c. 10, s. 4] and 7(1) [as am. *idem*, s. 7] are parallel provisions; the former deals with consultant lobbyists, while the latter deals with in-house lobbyists. For present purposes, it is sufficient to reproduce subsection 5(1):

5. (1) An individual shall file with the registrar, in the prescribed form and manner, a return setting out the information referred to in subsection (2), if the individual, for payment, on behalf of any person or organization (in this section referred to as the "client"), undertakes to

(a) communicate with a public office holder in respect of

(i) the development of any legislative proposal by the Government of Canada or by a member of the Senate or the House of Commons,

(ii) the introduction of any Bill or resolution in either House of Parliament or the passage, defeat or amendment of any Bill or resolution that is before either House of Parliament,

(iii) the making or amendment of any regulation as defined in subsection 2(1) of the *Statutory Instruments Act*,

pas déraisonnable. En tronquant ainsi l'analyse, le juge suppléant a mal interprété la nature du problème qui lui était soumis parce qu'il n'a pas examiné séparément la question de savoir si l'interprétation qu'a faite le directeur de la règle 8 était raisonnable. J'estime que l'omission d'examiner cette question de droit de façon indépendante constitue une erreur de droit.

2- Existe-t-il des motifs justifiant de modifier l'interprétation de la règle 8 faite par le directeur?

[27] Le Code a été établi en vertu de l'article 10.2 [édicte par L.C. 1995, ch. 12, art. 5; 2004, ch. 7, art. 39] de la LEL, qui prévoit ce qui suit :

10.2 (1) Le directeur élabore un code de déontologie des lobbyistes portant sur toutes les activités visées aux paragraphes 5(1) et 7(1).

[28] Les paragraphes 5(1) [mod. par L.C. 2003, ch. 10, art. 4] et 7(1) [mod., *idem*, art. 7] sont des dispositions parallèles; la première porte sur les lobbyistes-conseils, tandis que la deuxième porte sur les lobbyistes salariés. Pour les besoins de l'espèce, il suffit de reproduire le paragraphe 5(1) :

5. (1) Est tenue de fournir au directeur, en la forme réglementaire, une déclaration contenant les renseignements prévus au paragraphe (2) toute personne (ci-après « lobbyiste-conseil ») qui, moyennant paiement, s'engage, auprès d'un client, d'une personne physique ou morale ou d'une organisation :

a) à communiquer avec le titulaire d'une charge publique au sujet des mesures suivantes :

(i) l'élaboration de propositions législatives par le gouvernement fédéral ou par un sénateur ou un député,

(ii) le dépôt d'un projet de loi ou d'une résolution devant une chambre du Parlement, ou sa modification, son adoption ou son rejet par celle-ci,

(iii) la prise ou la modification de tout règlement au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les textes réglementaires*,

(iv) the development or amendment of any policy or program of the Government of Canada,

(v) the awarding of any grant, contribution or other financial benefit by or on behalf of Her Majesty in right of Canada, or

(vi) the awarding of any contract by or on behalf of Her Majesty in right of Canada; or

(b) arrange a meeting between a public office holder and any other person.

(iv) l'élaboration ou la modification d'orientation ou de programmes fédéraux,

(v) l'octroi de subventions, de contributions ou d'autres avantages financiers par Sa Majesté du chef du Canada ou en son nom,

(vi) l'octroi de tout contrat par Sa Majesté du chef du Canada ou en son nom;

b) à ménager pour un tiers une entrevue avec le titulaire d'une charge publique.

[29] The preamble [as am. *idem*, s. 1] to the LRA recognizes that lobbying is a legitimate activity, but that both public office holders and the public have the right to know who is engaged in lobbying activities. The Code, which is reproduced as a schedule to these reasons, begins with a preamble which restates the preamble to the LRA and emphasizes the role of the Code in promoting public trust in government decision-making. The Code then sets out three principles and eight rules. The principles are: Integrity and Honesty, Openness, and Professionalism. The rules are grouped under three headings: Transparency, Confidentiality and Conflict of interest. Rule 8 appears as one of the three rules grouped under the latter heading, as reproduced below:

Conflict of interest

6. Competing interests

Lobbyists shall not represent conflicting or competing interests without the informed consent of those whose interests are involved.

7. Disclosure

Consultant lobbyists shall advise public office holders that they have informed their clients of any actual, potential or apparent conflict of interest, and obtained the informed consent of each client concerned before proceeding or continuing with the undertaking.

[29] Le préambule [mod., *idem*, art. 1] de la LEL reconnaît le lobbying en tant qu'activité légitime, mais précise que les titulaires d'une charge publique et le public ont le droit de savoir qui se livre à des activités de lobbying. Le préambule du Code, reproduit à l'annexe des présents motifs, reprend le contenu du préambule de la LEL et met l'accent sur le rôle que joue le Code dans l'accroissement de la confiance de la population à l'égard des décisions que prend le gouvernement. Le Code comporte trois principes et huit règles. Les principes sont : Intégrité et honnêteté, Franchise, et Professionnalisme. Les règles sont regroupées sous trois titres : Transparence, Confidentialité et Conflits d'intérêts. La règle 8 constitue l'une des trois règles regroupées sous le dernier titre, reproduit ci-dessous :

Conflits d'intérêts

6. Intérêts concurrentiels

Les lobbyistes ne doivent pas représenter des intérêts conflictuels ou concurrentiels sans le consentement éclairé des personnes dont les intérêts sont en cause.

7. Divulgence

Les lobbyistes-conseils doivent informer les titulaires d'une charge publique qu'ils ont avisé leurs clients de tout conflit d'intérêts réel, possible ou apparent et ont obtenu le consentement éclairé de chaque client concerné avant d'entreprendre ou de poursuivre l'activité en cause.

8. Improper Influence

Lobbyists shall not place public office holders in a conflict of interest by proposing or undertaking any action that would constitute an improper influence on a public office holder.

[30] One notes that Rule 6 deals with a lobbyist's own conflict of interest, and that Rule 7 requires a lobbyist to disclose any conflict of interest to the public office holders he or she is attempting to influence. It is not necessary to inquire into these rules any further, other than to note that conflict of interest presumably means the same thing in Rule 8 as it does in rules 6 and 7.

[31] In his decision, the Registrar adopted the interpretation of Rule 8 set out in the Advisory Opinion, which, as noted, was written by the Ethics Counsellor at a time when the latter was responsible for the enforcement of the Code. Given the Advisory Opinion's prominence in the Registrar's decision, it is useful to examine it in more detail.

[32] The Ethics Counsellor began his analysis by noting that the Code does not prohibit lobbyists from placing public office holders in a conflict of interest: it prohibits lobbyists from placing public office holders in a conflict of interest by proposing or undertaking activities that would constitute an improper influence on a public office holder.

[33] The Ethics Counsellor's analysis of Rule 8 then focused on the meaning of "improper influence". He quoted *Black's Law Dictionary*, 5th ed., an often-cited American reference work, which equates "improper influence" with "undue influence". He referred to the following definition of "undue influence" from *Black's Law Dictionary*:

Any improper or wrongful constraint, machination, or urgency of persuasion whereby the will of a person is overpowered and he is induced to do or forbear an act which he would not do or would do if left to act freely. Influence which deprives person influenced of free agency or destroys freedom of his will and renders it more the will of another than his own. Misuse of position of confidence or taking advantage of a person's

8. Influence répréhensible

Les lobbyistes doivent éviter de placer les titulaires d'une charge publique en situation de conflit d'intérêts en proposant ou en prenant toute action qui constituerait une influence répréhensible sur ces titulaires.

[30] La règle 6 porte sur les conflits d'intérêts concernant les lobbyistes eux-mêmes, tandis que la règle 7 exige que les lobbyistes révèlent tout conflit d'intérêts au titulaire de la charge publique qu'il ou elle essaie d'influencer. Il n'est pas nécessaire d'examiner davantage ces règles, sauf pour souligner que la notion de conflit d'intérêts contenue à la règle 8 paraît identique à celle contenue aux règles 6 et 7.

[31] Dans sa décision, le directeur a adopté l'interprétation de la règle 8 exposée dans l'avis consultatif, lequel, rappelons-le, a été rédigé par le conseiller en éthique à l'époque où il était chargé de l'application du Code. Compte tenu de l'importance de cet avis dans la décision du directeur, il est nécessaire de l'examiner plus en détail.

[32] Le conseiller en éthique a commencé son analyse en faisant remarquer que le Code n'interdit pas aux lobbyistes de placer les titulaires d'une charge publique dans une situation de conflit d'intérêts : il interdit aux lobbyistes de placer les titulaires d'une charge publique dans une situation de conflit d'intérêts en proposant ou en prenant toute action qui constituerait une influence répréhensible sur ces titulaires.

[33] L'analyse de la règle 8 faite par le conseiller en éthique a porté ensuite sur le sens du terme « influence répréhensible ». Il a cité la cinquième édition du *Black's Law Dictionary*, un ouvrage de référence américain souvent cité, qui assimile la notion d'« influence répréhensible » à celle d'« influence indue ». Il s'est référé à la définition d' [TRADUCTION] « influence indue » tirée du *Black's Law Dictionary* :

[TRADUCTION] Contrainte, complot ou pression tendant à persuader, répréhensible ou illégitime, par laquelle une personne se trouve sous l'emprise d'une autre et est amenée à poser un acte qu'elle n'aurait pas posé, ou à s'abstenir de poser un acte qu'elle aurait posé, si elle avait agi librement. Influence qui prive la personne qui la subit de sa liberté d'action ou qui annihile sa liberté de penser de sorte qu'elle agit davantage en

weakness, infirmity, or distress to change improperly that person's actions or decisions.

[34] The Ethics Counsellor then went on to note that the seventh edition of the same work “more succinctly, again equates ‘improper influence’ to ‘undue influence’ and defines the phrase as the ‘improper use of power or trust in a way that deprives a person of free will and substitutes another’s objective.’”

[35] Based on these definitions, the Ethics Counsellor articulated his view as to the limitations to be placed on Rule 8:

These set a very high, but fair, standard for determining whether a lobbyist has put a public office holder in a conflict of interest by “proposing or undertaking any action that would constitute an improper influence” on this individual. This standard must be set high to avoid allegations being made that a lobbyist has breached the *Lobbyists' Code of Conduct* simply by virtue of carrying out a legitimate lobbying activity in a normal professional fashion.

[36] This is followed by the enumeration of some of the factors to be considered in deciding whether any action, proposed or undertaken by a lobbyist, has resulted in “improper influence”. Those factors were set out earlier in these reasons, but are repeated here for ease of reference:

- whether there has been interference with the decision, judgment or action of the public office holder;
- whether there has been a wrongful constraint whereby the will of the public office holder was overpowered and whether the public office holder was induced to do or forbear an act which he or she would not do if left to act freely; and
- whether there has been a misuse of position of confidence or whether the lobbyist took advantage of a

fonction de la volonté d'autrui que de sa propre volonté. Utilisation abusive d'un poste de confiance ou fait de tirer profit de la vulnérabilité d'une personne, de son infirmité ou de sa détresse en vue de modifier, de façon répréhensible, les actions ou les décisions de cette personne.

[34] Le conseiller en éthique a ensuite fait remarquer que la septième édition du même ouvrage « assimile de nouveau, de manière plus succincte, l'“influence répréhensible” à l'“influence induite” et définit cette dernière expression comme étant un [TRADUCTION] “abus de pouvoir ou de confiance qui fait perdre à une personne l'usage de son libre arbitre et qui lui fait adopter les objectifs de quelqu'un d'autre” ».

[35] S'appuyant sur ces définitions, le conseiller en éthique a exprimé son opinion quant aux restrictions à apporter à la règle 8 :

Ces définitions établissent une norme très élevée, mais équitable, permettant de déterminer si un lobbyiste a placé un titulaire de charge publique en situation de conflit d'intérêts en « proposant ou en prenant toute action qui constituerait une influence répréhensible » sur cet individu. Il faut que cette norme soit élevée pour éviter qu'on puisse alléguer qu'un lobbyiste a contrevenu au *Code de déontologie des lobbyistes* simplement pour avoir exercé une activité de lobbying légitime, de façon normale et professionnelle.

[36] Il s'ensuit une énumération des facteurs à prendre en compte lorsque vient le temps de décider si une action proposée ou prise par un lobbyiste s'est traduite par une « influence répréhensible ». Ces facteurs ont été exposés précédemment dans les présents motifs, mais ils sont répétés ci-dessous pour des besoins de référence :

- s'il y a eu atteinte à la décision, au jugement ou à l'action du titulaire d'une charge publique;
- s'il y a eu contrainte préjudiciable par laquelle la volonté du titulaire d'une charge publique a été maîtrisée et où le titulaire d'une charge publique a été poussé à accomplir un acte ou s'est abstenu d'accomplir un acte, comportement qu'il n'aurait pas eu s'il avait été libre d'agir;
- s'il y a eu abus de la position de confiance ou que le lobbyiste a tiré avantage de la faiblesse, de l'infirmité ou

public office holder's weakness, infirmity or distress to alter that public office holder's actions or decisions.

[37] If the Ethics Counsellor's view of the meaning to be given to Rule 8 is unreasonable, then the Registrar erred in law in adopting that interpretation.

[38] The Registrar was no doubt influenced by Gibson J.'s decision in *Democracy Watch* in which the latter held that the Ethics Counsellor's view, while strict, was not so unreasonable as to give rise to a reviewable error: see *Democracy Watch*, at paragraph 85. As noted above, the Deputy Judge accepted Gibson J.'s view.

[39] For the reasons that follow, I am of the view that the interpretation given to Rule 8 by the Ethics Counsellor, and subsequently adopted by the Registrar, was unreasonable.

[40] To properly understand Rule 8, one must grasp the concept of conflict of interest, a notion which is very elastic (*Cox v. College of Optometrists of Ontario* (1988), 65 O.R. (2d) 461 (Div. Ct) (*Cox*), at page 468):

Conflict of interest takes many different forms and invites many different definitions and techniques of regulation. Its definition depends on the dynamics of the particular trade or calling in question. There is often no single definition for any particular trade or calling.

[41] The common element in the various definitions of conflict of interest is, in my opinion, the presence of competing loyalties. This was articulated in the *Cox* case as follows (at page 469):

Conflict of interest in this context means a personal interest so connected with professional duty that it might reasonably be apprehended to give rise to a danger of actually influencing the exercise of the professional duty.

[42] The same emphasis on divided loyalties can be found in a passage from a recent decision of the Supreme

de la détresse d'un titulaire d'une charge publique pour modifier les actes ou décisions de ce dernier.

[37] Si le point de vue du conseiller en éthique sur le sens à accorder à la règle 8 est déraisonnable, il s'ensuit que le directeur a commis une erreur de droit en suivant cette interprétation.

[38] La décision du directeur a de toute évidence été influencée par la décision du juge Gibson dans *Démocratie en surveillance*, où celui-ci avait conclu que l'interprétation donnée par le conseiller en éthique, bien que restrictive, n'était pas déraisonnable au point de donner lieu à une erreur susceptible de contrôle (voir *Démocratie en surveillance*, au paragraphe 85). Comme je l'ai dit précédemment, le juge suppléant a adopté l'opinion du juge Gibson.

[39] Pour les motifs suivants, j'estime que l'interprétation qu'a faite le conseiller en éthique de la règle 8, et qui a été ensuite adoptée par le directeur, était déraisonnable.

[40] Afin de saisir le sens de la règle 8, il est nécessaire de bien comprendre la notion de conflit d'intérêts, une notion au sens très large (*Cox v. College of Optometrists of Ontario* (1988), 65 O.R. (2d) 461 (C. div.) (*Cox*), à la page 468) :

[TRADUCTION] Le conflit d'intérêts prend différentes formes et appelle un grand nombre de définitions et de modes de réglementation différents. La définition qu'on lui donne dépend des spécificités de chaque profession ou métier concerné. Il existe très peu de définitions propres à un métier ou à une profession en particulier.

[41] L'élément commun aux différentes définitions de la notion de conflit d'intérêts est, à mon avis, la présence d'intérêts divergents. Cela a été exposé dans la décision *Cox* de la manière suivante (à la page 469) :

[TRADUCTION] Dans le présent contexte, conflit d'intérêts désigne un intérêt personnel lié de façon telle à un devoir professionnel qu'il serait raisonnable d'y voir un risque d'ingérence réel dans l'exercice du devoir professionnel.

[42] Le même accent a été mis sur les intérêts divergents dans un passage tiré d'un arrêt récent de la Cour

Court (*Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177 (*Strother*), at paragraph 56):

A “conflict of interest” was defined in *Neil* as an interest that gives rise to a

substantial risk that the lawyer’s representation of the client would be materially and adversely affected by the lawyer’s own interests or by the lawyer’s duties to another current client, a former client, or a third person.

[43] The Canadian Bar Association’s *Code of Professional Conduct*, under the heading of “Conflict of Interest between Lawyer and Client”, contains the following prohibition (2006, at page 46):

3. The lawyer shall not act for the client where the lawyer’s duty to the client and the personal interests of the lawyer or an associate are in conflict.

[44] If one looks to the same authority as the Ethics Counsellor, that is, the seventh edition of *Black’s Law Dictionary*, “conflict of interest” is defined as follows:

conflict of interest. 1. A real or seeming incompatibility between one’s private interests and one’s public or fiduciary duties.

[45] As this brief survey demonstrates, the idea of conflict of interest is intimately bound to the problem of divided loyalties or conflicting obligations. While the specific facts giving rise to a conflict of interest will vary from one profession to another, that which leads to the conclusion that a person is subject to a conflict of interest is the presence of a tension between the person’s duty and some other interest or obligation.

[46] Turning now to Rule 8, it will be recalled that it provides as follows:

8. Improper Influence

Lobbyists shall not place public office holders in a conflict of interest by proposing or undertaking any action that would constitute an improper influence on a public office holder.

[47] The Ethics Counsellor found that Rule 8 did not prohibit lobbyists from placing public office holders in

suprême (*Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177 (*Strother*), au paragraphe 56) :

La notion de « conflit d’intérêts » a été définie dans l’arrêt *Neil* comme étant

un risque sérieux que les intérêts personnels de l’avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable à la représentation du client par l’avocat.

[43] Le chapitre « Conflits d’intérêts entre l’avocat et son client » du *Code de déontologie professionnelle* de l’Association du Barreau canadien contient l’interdiction suivante (2006, à la page 48) :

3. L’avocat ne doit pas agir au nom de son client lorsque ses devoirs envers son client et ses intérêts personnels sont en conflit.

[44] Lorsqu’on consulte la source qu’a utilisée le conseiller en éthique, c’est-à-dire la septième édition du *Black’s Law Dictionary*, on peut lire la définition suivante du terme [TRADUCTION] « conflit d’intérêts » :

[TRADUCTION] **conflit d’intérêts. 1.** Une incompatibilité réelle ou apparente entre les intérêts privés d’une personne et ses devoirs publics ou ses obligations fiduciaires.

[45] Comme le démontre cette brève analyse, la notion de conflit d’intérêts est étroitement liée à la notion d’intérêts divergents ou d’obligations contradictoires. Bien que les faits donnant lieu à un conflit d’intérêts varient d’une profession à l’autre, il est permis de penser qu’une personne se trouve en situation de conflit d’intérêts lorsqu’elle est sujette à une tension entre son devoir et d’autres intérêts ou obligations.

[46] J’estime nécessaire de reproduire le contenu de la règle 8 :

8. Influence répréhensible

Les lobbyistes doivent éviter de placer les titulaires d’une charge publique en situation de conflit d’intérêts en proposant ou en prenant toute action qui constituerait une influence répréhensible sur ces titulaires.

[47] Le conseiller en éthique a conclu que la règle 8 n’interdit pas aux lobbyistes de placer les titulaires

a conflict of interest, but only prohibited them from placing public office holders in a conflict of interest by proposing or undertaking activities which would amount to improper influence.

[48] With respect, this is a deeply flawed reading of the Rule. The Rule prohibits lobbyists from placing public office holders in a conflict of interest. The words “by proposing or undertaking any action that would constitute an improper influence on a public office holder” are properly read as an attempt to elaborate on the meaning of “conflict of interest” in the context of the regulation of lobbyists, and not as a limitation on the scope of the prohibition. It can hardly advance public confidence in the integrity and transparency of government decision-making to condone certain conflicts of interest, while prohibiting others. Any conflict of interest impairs public confidence in government decision-making.

[49] Beyond that, the rule against conflicts of interest is a rule against the possibility that a public office holder may prefer his or her private interests to the public interest. If one looks to the passages cited above, they refer to the possibility that one private interest *may* interfere with the discharge of one’s public duty:

Conflict of interest in this context means a personal interest so connected with professional duty that it might reasonably be apprehended to give rise to a danger of actually influencing the exercise of the professional duty. [*Cox*, at page 469; emphasis added.]

A “conflict of interest” was defined in *Neil* as an interest that gives rise to a

substantial risk that the lawyer’s representation of the client would be materially and adversely affected by the lawyer’s own interests or by the lawyer’s duties to another current client, a former client, or a third person. [*Strother*, at paragraph 56; emphasis added.]

A real or seeming incompatibility between one’s private interests and one’s public or fiduciary duties. [*Black’s Law Dictionary*, 7th ed., s.v. “conflict of interest”; emphasis added.]

d’une charge publique en situation de conflit d’intérêts, mais qu’elle leur interdit seulement de placer les titulaires d’une charge publique en situation de conflit d’intérêts en leur proposant ou en prenant toute action qui constituerait une influence répréhensible.

[48] Avec égards, j’estime qu’il s’agit d’une grave erreur d’interprétation de la règle 8. Cette règle interdit aux lobbyistes de placer les titulaires d’une charge publique en situation de conflit d’intérêts. Les mots « en proposant ou en prenant toute action qui constituerait une influence répréhensible sur ces titulaires » doivent être compris comme une manière de préciser le sens de ce qui constitue un « conflit d’intérêts » dans le contexte de la réglementation de la conduite des lobbyistes, et non pas comme une limite à l’étendue de l’interdiction. Cela ne pourrait que nuire à la confiance des Canadiens dans l’intégrité et la transparence des décisions du gouvernement si nous fermions les yeux sur certains conflits d’intérêts, tout en interdisant d’autres. Tout conflit d’intérêts porte atteinte à la confiance qu’a la population dans les décisions du gouvernement.

[49] De plus, la règle interdisant les conflits d’intérêts vise à empêcher que des titulaires de charges publiques fassent passer leurs intérêts personnels avant ceux de la population. Les passages cités ci-dessus renvoient à la possibilité qu’un intérêt personnel *puisse* interférer avec l’exercice d’une charge publique :

[TRADUCTION] Dans ce contexte, conflit d’intérêts désigne un intérêt personnel lié de façon telle à un devoir professionnel qu’il serait raisonnable d’y voir un risque d’ingérence réel dans l’exercice du devoir professionnel. [*Cox*, à la page 469; non souligné dans l’original.]

La notion de « conflit d’intérêts » a été définie dans l’arrêt *Neil* comme étant

un risque sérieux que les intérêts personnels de l’avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable à la représentation du client par l’avocat. [*Strother*, au paragraphe 56; non souligné dans l’original.]

[TRADUCTION] Une incompatibilité réelle ou apparente entre les intérêts privés d’une personne et ses devoirs publics ou ses obligations fiduciaires. [*Black’s Law Dictionary*, 7^e éd., s.v. [TRADUCTION] « conflit d’intérêts »; non souligné dans l’original.]

[50] In *Cox*, the Ontario Divisional Court made this point explicitly (at page 469):

Conflict of interest does not require proof of actual influence by the personal interest upon the professional duty any more than it requires proof of actual receipt of a benefit.

[51] The Ethics Counsellor's position that Rule 8 only prohibits those acts which demonstrably result in actual interference in the public office holder's discharge of his duty, mistakes conflict of interest for corruption.

[52] Improper influence has to be assessed in the context of conflict of interest, where the issue is divided loyalties. Since a public office holder has, by definition, a public duty, one can only place a public office holder in a conflict of interest by creating a competing private interest. That private interest, which claims or could claim the public office holder's loyalty, is the improper influence to which the Rule refers.

[53] The Ethics Counsellor made a point of saying that the threshold for Rule 8 must be set high, so that lobbyists are not subject to criticism for legitimate lobbying activities. A lobbyist's stock in trade is his or her ability to gain access to decision makers, so as to attempt to influence them directly by persuasion and facts. Where the lobbyist's effectiveness depends upon the decision-maker's personal sense of obligation to the lobbyist, or on some other private interest created or facilitated by the lobbyist, the line between legitimate lobbying and illegitimate lobbying has been crossed. The conduct proscribed by Rule 8 is the cultivation of such a sense of personal obligation, or the creation of such private interests.

[54] As a result, I conclude that the Registrar's interpretation of Rule 8 was unreasonable, and that his decision must therefore be set aside. In light of this conclusion, it is not necessary to deal with the second issue raised by Democracy Watch, whether it be described as the application of the doctrine of legitimate expectations or as fettering discretion. The Registrar will have to develop his own approach to the

[50] Dans la décision *Cox*, la Cour divisionnaire de l'Ontario a clairement expliqué ce point (à la page 469) :

[TRADUCTION] Il n'est pas plus nécessaire de démontrer concrètement l'existence d'une ingérence de l'intérêt personnel dans le devoir professionnel que de prouver concrètement qu'on en a retiré un avantage pour démontrer l'existence d'un conflit d'intérêts.

[51] Le conseiller en éthique, pour qui la règle 8 n'interdit que les actes qui interfèrent directement et de manière démontrable avec l'exercice d'une charge publique, confond conflit d'intérêts et corruption.

[52] L'influence répréhensible doit être examinée dans le cadre du conflit d'intérêts, où la question est celle des intérêts divergents. Comme le titulaire d'une charge publique a, par définition, un devoir public, on ne place le titulaire d'une charge publique en conflit d'intérêts qu'en faisant entrer un intérêt privé concurrentiel en ligne de compte. Cet intérêt privé, qui influe, ou pourrait influencer, sur la loyauté du titulaire d'une charge publique est l'influence répréhensible à laquelle la règle se réfère.

[53] Le conseiller en éthique a fait valoir que les exigences concernant la règle 8 doivent être élevées, de sorte que les lobbyistes ne soient pas sujets à la critique en ce qui concerne leurs activités de lobbying légitimes. Le principal atout des lobbyistes réside dans leur aptitude à accéder aux décideurs afin de tenter de les influencer directement à l'aide d'arguments persuasifs et factuels. Lorsque l'efficacité d'un lobbyiste repose sur le sentiment d'obligation que ressent le décideur envers le lobbyiste, ou sur d'autres intérêts privés créés ou mis en place par le lobbyiste, la frontière entre le lobbying légitime et le lobbying illégitime a été franchie. La conduite interdite par la règle 8 concerne la création d'obligations ou d'intérêts personnels de ce genre.

[54] Je conclus donc que l'interprétation de la règle 8 qu'a faite le directeur était déraisonnable et que sa décision doit être annulée. Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire de statuer sur la deuxième question soulevée par Démocratie en surveillance, à savoir si l'interprétation doit être examinée à la lumière de la théorie de l'expectative légitime ou s'il s'agit d'une entrave au pouvoir discrétionnaire. Le directeur

interpretation and application of Rule 8, in light of the principles set out in these reasons.

[55] It remains only to consider the issue of an appropriate remedy. Given that the facts giving rise to Democracy Watch’s complaint are almost 10 years in the past, a question arises as to whether the interests of justice would be served by remitting this matter to the Registrar for a fresh decision in light of these reasons. The powers of this Court are set out at section 52 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 17; 2002, c. 8, s. 50] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]:

52. The Federal Court of Appeal may

(a) quash proceedings in cases brought before it in which it has no jurisdiction or whenever those proceedings are not taken in good faith;

(b) in the case of an appeal from the Federal Court,

(i) dismiss the appeal or give the judgment and award the process or other proceedings that the Federal Court should have given or awarded,

(ii) in its discretion, order a new trial if the ends of justice seem to require it, or

(iii) make a declaration as to the conclusions that the Federal Court should have reached on the issues decided by it and refer the matter back for a continuance of the trial on the issues that remain to be determined in light of that declaration; and

(c) in the case of an appeal other than an appeal from the Federal Court,

(i) dismiss the appeal or give the decision that should have been given, or

(ii) in its discretion, refer the matter back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate.

[56] Subparagraph 52(b)(iii) authorizes the Court, on appeal from the Federal Court, to make a declaration as to the conclusions which the Federal Court should have reached and to refer the matter “for a continuance of the

devra élaborer sa propre approche quant à l’interprétation et à l’application de la règle 8, à la lumière des principes énoncés dans les présents motifs.

[55] La dernière question à aborder est celle de la réparation appropriée. Comme les faits à l’origine de la plainte formulée par Démocratie en surveillance remontent à près de 10 ans, il est pertinent de se demander si le renvoi de la question au directeur pour nouvelle décision à la lumière des présents motifs servirait les intérêts de la justice. Les pouvoirs de notre Cour sont énoncés à l’article 52 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 17; 2002, ch. 8, art. 50] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)] :

52. La Cour d’appel fédérale peut :

a) arrêter les procédures dans les causes qui ne sont pas de son ressort ou entachées de mauvaise foi;

b) dans le cas d’un appel d’une décision de la Cour fédérale :

(i) soit rejeter l’appel ou rendre le jugement que la Cour fédérale aurait dû rendre et prendre toutes mesures d’exécution ou autres que celle-ci aurait dû prendre,

(ii) soit, à son appréciation, ordonner un nouveau procès, si l’intérêt de la justice paraît l’exiger,

(iii) soit énoncer, dans une déclaration, les conclusions auxquelles la Cour fédérale aurait dû arriver sur les points qu’elle a tranchés et lui renvoyer l’affaire pour poursuite de l’instruction, à la lumière de cette déclaration, sur les points en suspens;

c) dans les autres cas d’appel :

(i) soit rejeter l’appel ou rendre la décision qui aurait dû être rendue,

(ii) soit, à son appréciation, renvoyer l’affaire pour jugement conformément aux instructions qu’elle estime appropriées.

[56] Le sous-alinéa 52b)(iii) permet à la Cour, lorsqu’est interjeté appel d’une décision de la Cour fédérale, d’énoncer, dans une déclaration, les conclusions auxquelles la Cour fédérale aurait dû arriver et de lui

trial on the issues that remain to be determined in light of that declaration”. This contemplates proceedings of an interlocutory nature (“continuance of the trial”). Subparagraph 52(b)(ii) allows the Court “in its discretion, [to] order a new trial if the ends of justice seem to require it”. The only circumstance in which the Court could order a new trial is if the appeal was successful. Applying this subparagraph by analogy to the facts of this case, Democracy Watch has been successful in attacking the Registrar’s interpretation of Rule 8, and, to that extent, the appeal has been successful. However, given that the events underlying Democracy Watch’s complaint are almost 10 years old, it is doubtful that the interests of justice require that this complaint be returned for a new hearing and a fresh decision. Enough time has passed that this matter should be allowed to lapse.

[57] The original decision found that Mr. Campbell had not engaged in misconduct. In setting that decision aside, I make no finding as to the propriety or impropriety of Mr. Campbell’s conduct. Democracy Watch has achieved its objective of clarifying the interpretation of the Code; the particulars of a specific complaint are, by this point, secondary.

[58] As for the question of costs, Democracy Watch, as the successful party, would normally be entitled to its costs both here and below. Thus, the question of Democracy Watch’s public interest standing is of no consequence in relation to costs. I would grant Democracy Watch its costs against the Attorney General, both in this Court and in the Federal Court.

[59] I would not grant Democracy Watch its costs against Mr. Campbell. While it is not Democracy Watch’s fault that its complaint was allowed to languish for five years, it is not Mr. Campbell’s either. Given that the positions taken by Mr. Campbell and the Attorney General were substantially the same, I think it appropriate that there be no award of costs against Mr. Campbell, either in this Court or in the Federal Court.

renvoyer l’affaire « pour poursuite de l’instruction, à la lumière de cette déclaration, sur les points en suspens ». Cela concerne les litiges à caractère interlocutoire (« la poursuite de l’instruction »). En vertu du sous-alinéa 52(b)(ii), la Cour peut « à son appréciation, ordonner un nouveau procès, si l’intérêt de la justice paraît l’exiger ». La Cour ne peut ordonner un nouveau procès qu’à la condition que l’appel soit accueilli. Si l’on applique par analogie ce sous-alinéa aux faits pertinents en l’espèce, on pourrait dire que Démocratie en surveillance a contesté avec succès l’interprétation faite par le directeur de la règle 8, et que dans cette mesure, l’appel a été accueilli. Cependant, étant donné que les événements sous-tendant la plainte de Démocratie en surveillance remontent à près de 10 ans, je doute que l’intérêt de la justice requière le renvoi de la plainte pour nouvelle audience et nouvelle décision. Cette affaire dure depuis un bon moment et elle ne devrait pas durer davantage.

[57] La décision initiale concluait que M. Campbell n’avait pas mal agi. En annulant cette décision, je ne tire aucune conclusion quant à la conduite de M. Campbell. Démocratie en surveillance a atteint l’objectif qu’elle s’était donné, à savoir clarifier l’interprétation du Code. Les détails propres à la plainte en soi sont désormais d’importance secondaire.

[58] En ce qui concerne les dépens, Démocratie en surveillance étant la partie l’ayant emporté, devrait normalement y avoir droit, tant en appel qu’en première instance. Ainsi, la question de savoir si Démocratie en surveillance a qualité pour agir au nom de l’intérêt public n’est pas pertinente en ce qui concerne l’adjudication des dépens. J’adjugerais les dépens à Démocratie en surveillance à l’encontre du procureur général, tant en appel qu’en première instance.

[59] Je n’adjugerais pas les dépens à Démocratie en surveillance à l’encontre de M. Campbell. Ce n’est ni la faute de Démocratie en surveillance ni celle de M. Campbell s’il a fallu cinq ans avant que la plainte soit traitée. Compte tenu de la similarité entre les positions défendues par M. Campbell et le procureur général, j’estime qu’il n’y a pas lieu d’adjuger de dépens à l’encontre de M. Campbell, tant en appel qu’en première instance.

[60] As a result, I would allow the appeal and I would set aside the decision of the Deputy Judge and, making the order that the Deputy Judge ought to have made, I would set aside the decision of the Registrar, dated October 10, 2006, but I would not remit the matter to the Registrar for a new decision. I would award Democracy Watch its costs against the Attorney General in this Court and in the Federal Court. I would make no order of costs with respect to Mr. Campbell.

NADON J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

Schedule

Lobbyists' Code of Conduct

PREAMBLE

The *Lobbyists' Code of Conduct* is founded on four concepts stated in the *Lobbyists Registration Act*:

- Free and open access to government is an important matter of public interest;
- Lobbying public office holders is a legitimate activity;
- It is desirable that public office holders and the public be able to know who is attempting to influence government; and,
- A system for the registration of paid lobbyists should not impede free and open access to government.

The *Lobbyists' Code of Conduct* is an important initiative for promoting public trust in the integrity of government decision-making. The trust that Canadians place in public office holders to make decisions in the public interest is vital to a free and democratic society.

To this end, public office holders, when they deal with the public and with lobbyists, are required to honour the standards set out for them in their own codes of conduct. For their part, lobbyists communicating with public office holders must also abide by standards of conduct, which are set out below.

[60] Par conséquent, j'accueillerais l'appel et j'annulerais la décision du juge suppléant et, rendant l'ordonnance que le juge suppléant aurait dû rendre, j'annulerais la décision du directeur datée du 10 octobre 2006, mais je ne lui renverrais pas la question pour nouvelle décision. J'adjugerais les dépens à Démocratie en surveillance à l'encontre du procureur général, tant en appel qu'en première instance. Je ne rendrais aucune ordonnance concernant les dépens quant à M. Campbell.

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

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je suis d'accord.

Annexe

Code de déontologie des lobbyistes

PRÉAMBULE

Le *Code de déontologie des lobbyistes* s'appuie sur quatre notions énoncées dans la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes* :

- L'intérêt public présenté par la liberté d'accès aux institutions de l'État;
- La légitimité du lobbyisme auprès des titulaires d'une charge publique;
- L'opportunité d'accorder aux titulaires d'une charge publique et au public la possibilité de savoir qui cherche à exercer une influence auprès de ces institutions;
- L'enregistrement des lobbyistes rémunérés ne doit pas faire obstacle à cette liberté d'accès.

Le *Code de déontologie des lobbyistes* est un moyen important d'accroître la confiance du public en l'intégrité du processus décisionnel de l'État. La confiance que les Canadiennes et les Canadiens accordent aux titulaires d'une charge publique afin qu'ils prennent des décisions favorables à l'intérêt public est indispensable à toute société libre et démocratique.

À cette fin, les titulaires d'une charge publique sont tenus, dans les rapports qu'ils entretiennent avec le public et les lobbyistes, d'observer les normes qui les concernent dans leurs codes de déontologie respectifs. Quant aux lobbyistes qui communiquent avec des titulaires d'une charge publique, ils doivent aussi respecter les normes déontologiques ci-après.

Together, these codes play an important role in safeguarding the public interest in the integrity of government decision-making.

Ces codes remplissent conjointement une fonction importante visant à protéger l'intérêt public, du point de vue de l'intégrité de la prise des décisions au sein du Gouvernement.

PRINCIPLES

Integrity and Honesty

Lobbyists should conduct with integrity and honesty all relations with public office holders, clients, employers, the public and other lobbyists.

Openness

Lobbyists should, at all times, be open and frank about their lobbying activities, while respecting confidentiality.

Professionalism

Lobbyists should observe the highest professional and ethical standards. In particular, lobbyists should conform fully with not only the letter but the spirit of the *Lobbyists' Code of Conduct* as well as all the relevant laws, including the *Lobbyist Registration Act* and its regulations.

RULES

Transparency

1. Identity and purpose

Lobbyists shall, when making a representation to a public office holder, disclose the identity of the person or organization on whose behalf the representation is made, as well as the reasons for the approach.

2. Accurate information

Lobbyists shall provide information that is accurate and factual to public office holders. Moreover, lobbyists shall not knowingly mislead anyone and shall use proper care to avoid doing so inadvertently.

3. Disclosure of obligations

Lobbyists shall indicate to their client, employer or organization their obligations under the *Lobbyists Registration Act*, and their obligation to adhere to the *Lobbyists' Code of Conduct*.

PRINCIPES

Intégrité et honnêteté

Les lobbyistes devraient faire preuve d'intégrité et d'honnêteté dans toutes leurs relations avec les titulaires d'une charge publique, les clients, les employeurs, le public et les autres lobbyistes.

Franchise

En tout temps, les lobbyistes devraient faire preuve de transparence et de franchise au sujet de leurs activités de lobbyisme, et ce, tout en respectant la confidentialité.

Professionnalisme

Les lobbyistes devraient observer les normes professionnelles et déontologiques les plus strictes. Plus particulièrement, ils sont tenus de se conformer sans réserve tant à la lettre qu'à l'esprit du *Code de déontologie des lobbyistes*, de même qu'à toutes les lois pertinentes, dont la *Loi sur le lobbying* et son règlement d'application.

RÈGLES

Transparence

1. Identité et objet

Lorsqu'ils font des démarches auprès d'un titulaire d'une charge publique, les lobbyistes doivent révéler l'identité de la personne ou de l'organisation pour laquelle ils font ces démarches ainsi que l'objet de ces dernières.

2. Renseignements exacts

Les lobbyistes doivent fournir des renseignements qui sont exacts et concrets aux titulaires d'une charge publique. En outre, ils ne doivent pas induire sciemment en erreur qui que ce soit, et ils doivent veiller à ne pas le faire par inadvertance.

3. Divulcation des obligations

Les lobbyistes doivent informer leur client, employeur ou organisation des obligations auxquelles ils sont soumis en vertu de la *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes*, et du fait qu'il leur faut se conformer au *Code de déontologie des lobbyistes*.

Confidentiality

4. Confidential information

Lobbyists shall not divulge confidential information unless they have obtained the informed consent of their client, employer or organization, or disclosure is required by law.

5. Insider information

Lobbyists shall not use any confidential or other insider information obtained in the course of their lobbying activities to the disadvantage of their client, employer or organization.

Conflict of interest

6. Competing interests

Lobbyists shall not represent conflicting or competing interests without the informed consent of those whose interests are involved.

7. Disclosure

Consultant lobbyists shall advise public office holders that they have informed their clients of any actual, potential or apparent conflict of interest, and obtained the informed consent of each client concerned before proceeding or continuing with the undertaking.

8. Improper influence

Lobbyists shall not place public office holders in a conflict of interest by proposing or undertaking any action that would constitute an improper influence on a public office holder.

Confidentialité

4. Renseignements confidentiels

Les lobbyistes ne doivent pas divulguer de renseignements confidentiels, à moins d'avoir obtenu le consentement éclairé de leur client, de leur employeur ou de leur organisation, ou que la loi ne l'exige.

5. Renseignements d'initiés

Les lobbyistes ne doivent pas se servir des renseignements confidentiels ou d'initiés obtenus dans le cadre de leurs activités de lobbyisme au désavantage de leur client, de leur employeur ou de leur organisation.

Conflits d'intérêts

6. Intérêts concurrentiels

Les lobbyistes ne doivent pas représenter des intérêts conflictuels ou concurrentiels sans le consentement éclairé des personnes dont les intérêts sont en cause.

7. Divulgateion

Les lobbyistes-conseils doivent informer les titulaires d'une charge publique qu'ils ont avisé leurs clients de tout conflit d'intérêts réel, possible ou apparent et ont obtenu le consentement éclairé de chaque client concerné avant d'entreprendre ou de poursuivre l'activité en cause.

8. Influence répréhensible

Les lobbyistes doivent éviter de placer les titulaires d'une charge publique en situation de conflit d'intérêts en proposant ou en prenant toute action qui constituerait une influence répréhensible sur ces titulaires.

DES-3-08	DES-3-08
DES-5-08	DES-5-08
DES-6-08	DES-6-08
DES-7-08	DES-7-08
2009 FC 240	2009 CF 240

IN THE MATTER OF a certificate signed pursuant to section 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA);

AFFAIRE INTÉRESSANT un certificat signé conformément au paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR);

AND IN THE MATTER OF the referral of a certificate to the Federal Court pursuant to section 77(1) of the IRPA;

le renvoi d'un certificat à la Cour fédérale conformément au paragraphe 77(1) de la LIPR;

AND IN THE MATTER OF Hassan ALMREI;

et Hassan ALMREI;

AND IN THE MATTER OF Mohamed HARKAT;

Mohamed HARKAT;

AND IN THE MATTER OF Mahmoud JABALLAH;

Mahmoud JABALLAH;

AND IN THE MATTER OF Mohamed Zeki MAHJOUB.

et Mohamed Zeki MAHJOUB.

INDEXED AS: ALMREI (RE) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : ALMREI (RE) (C.F.)

Federal Court, Dawson J.—Toronto, January 26; Ottawa, March 5, 2009.

Cour fédérale, juge Dawson—Toronto, 26 janvier; Ottawa, 5 mars 2009.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Security Certificate — Whether Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration), 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (Charkaoui 2), para. 62 requiring designated judge verify all information disclosed if agreement between ministers, special advocates that some information irrelevant; whether information disclosed to persons named in security certificates, counsel thereof should be placed on Court's public files — Situation herein different from that in Charkaoui 2 — Special advocate having means to protect interests of named person by, inter alia, identifying irrelevant information, evidence — Therefore not necessary for Court to verify all information disclosed — Open court principle not applying to information disclosed, produced in course of litigation, but not put into evidence — As such, no need to place information not relied upon by ministers, not produced as evidence, on Court's public files — However, summaries of information provided, relied upon by ministers required to be placed on Court's public files.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Certificat de sécurité — Il s'agissait de savoir si le paragraphe 62 de Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (Charkaoui 2), exige que le juge désigné vérifie tous les renseignements communiqués si les ministres et les avocats spéciaux conviennent qu'une partie des renseignements n'est pas pertinente; il s'agissait de savoir si les renseignements communiqués aux personnes visées par les certificats de sécurité et à leurs avocats devraient être versés dans les dossiers publics de la Cour — La situation en l'espèce était différente de celle dans Charkaoui 2 — L'avocat spécial est en mesure de défendre les intérêts de la personne visée par le certificat de sécurité en déterminant, notamment, les renseignements ou d'autres éléments de preuve qui ne sont pas pertinents — La Cour n'était donc pas tenue de vérifier tous les renseignements communiqués — Le principe de la publicité des débats judiciaires ne s'applique pas aux renseignements divulgués ou produits au cours d'un litige, mais non présentés en preuve — Ainsi, il n'est pas nécessaire de verser les renseignements qui n'ont pas été invoqués par les ministres ni

mis en preuve dans les dossiers publics de la Cour — Cependant, il faut verser les résumés de l'information que les ministres ont fournie et utilisée dans les dossiers publics de la Cour.

Judges and Courts — Role of designated judge when parties agreeing information disclosed pursuant to Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration), 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 may be released to person named in security certificate — Immigration and Refugee Protection Act, s. 83(1)(d) requiring judge ensure information relied upon, provided by Minister remain confidential if disclosure injurious to national security, endangering safety of person — Plain reading of Act revealing judge must fulfill that obligation before releasing information to named person — In some circumstances where intervention required for justice to be done, judge may raise concerns about documents, issues.

These were the reasons given by the Court pursuant to an order by the Chief Justice regarding the following two common issues of law that arose in the security certificate proceedings: (1) whether paragraph 62 of *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui 2*) requires the designated judge to verify all information disclosed by the ministers if the special advocates and counsel for the ministers agree that some of the information is irrelevant, and (2) whether information disclosed to persons named in security certificates and their counsel should be placed on the Court's public files. Also addressed was the role of the designated judge when parties agree that a portion of the information disclosed pursuant to *Charkaoui 2* may be released to the person named in the security certificate, as well as the propriety of the judge raising concerns about a document or issue.

Held, the Court need not verify information agreed to be irrelevant, and information disclosed pursuant to *Charkaoui 2* should not be placed on the Court's public file.

(1) In *Charkaoui 2*, the Supreme Court did not interpret *An Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act*, which created the position of special advocate. The mandate and responsibilities of the special advocate include receiving a copy of all information provided in confidence to the Court, challenging

Juges et tribunaux — Rôle du juge désigné lorsque les parties conviennent que la présentation exigée conformément à Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 peut être communiquée à une personne visée par un certificat de sécurité — L'art. 83(1)d de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés exige que le juge garantisse la confidentialité des renseignements que lui fournit le ministre et que ce dernier utilise et dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui — Il appert d'une simple lecture de la Loi que le juge doit se conformer à cette obligation avant de communiquer des renseignements à la personne visée — Dans des situations où une intervention s'impose pour que justice soit rendue, le juge peut soulever des préoccupations concernant des documents ou des questions à trancher.

Il s'agissait des motifs donnés par la Cour conformément à une ordonnance du juge en chef quant aux deux questions de droit communes soulevées dans le cadre d'une instance relative à un certificat de sécurité, soit celles de savoir : 1) si le paragraphe 62 de l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (*Charkaoui 2*) exige que le juge désigné vérifie tous les renseignements communiqués par les ministres lorsque les avocats spéciaux et les avocats des ministres conviennent qu'une partie des renseignements n'est pas pertinente; et 2) si les renseignements communiqués aux personnes visées par les certificats de sécurité et à leurs avocats devraient être versés dans les dossiers publics de la Cour. Il était aussi question du rôle du juge désigné lorsque les parties conviennent qu'une partie de la présentation exigée par *Charkaoui 2* peut être divulguée à la personne visée par le certificat de sécurité ainsi que de la question de savoir s'il convenait que le juge soulève des préoccupations au sujet d'un document ou d'une question à trancher.

Jugement : la Cour n'est pas tenue de vérifier les renseignements dont les parties conviennent qu'ils ne sont pas pertinents, et les renseignements divulgués conformément à *Charkaoui 2* ne devraient pas être versés dans le dossier public de la Cour.

1) Dans *Charkaoui 2*, la Cour suprême n'a pas interprété la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, qui prévoyait la création du poste d'avocat spécial. Le mandat et les responsabilités de l'avocat spécial comprennent la réception de copie de tous les renseignements qui ont été fournis au tribunal à titre confidentiel, la

the relevance, reliability and sufficiency of information provided by the ministers, and making submissions with respect to that information. The current situation was distinguishable from that before the Supreme Court in *Charkaoui 2*. The special advocate has the means to protect the interests of the person named in the security certificate by, among other things, identifying irrelevant information or evidence. The Court may thus rely upon an agreement between the ministers and the special advocates whereby information disclosed pursuant to *Charkaoui 2* is irrelevant, and need not verify that information. In addition, the focus in *Charkaoui 2* was on the verification of the allegations made against the named person and on the information relied upon by the ministers. There is nothing in the Supreme Court's reasons to suggest a need to focus on irrelevant information.

According to paragraph 83(1)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, the judge must ensure that information provided by the Minister remain confidential if its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of a person. This provision applies to information relied upon by the ministers as well as to information provided by them. A plain reading of the Act reveals that the judge must fulfill that obligation before information disclosed pursuant to *Charkaoui 2* may be released to the person named in the security certificate. In addition, in circumstances where the judge may be required to intervene in order for justice to be done, the judge may raise concerns about documents or issues with counsel for the ministers and the special advocates.

(2) The open court principle, which requires public openness in proceedings and in the material relevant to resolving disputes, does not apply to information disclosed or produced in the course of litigation that is not put into evidence. Some information disclosed pursuant to *Charkaoui 2* may not be relied upon by the ministers, and therefore not produced as evidence. In those circumstances, the open court principle does not require the information to be placed on the Court's public files. Rather, information disclosed pursuant to *Charkaoui 2* should be released directly to counsel for each named person. When filing with the Court, in confidence, information on which a security certificate is based, ministers are also required to file a summary of the information. Because these summaries relate to information provided and relied upon by the ministers and to what transpired in the *in camera* proceedings, the open court principle requires that these summaries be placed on the Court's public files.

contestation de la pertinence, de la fiabilité et de la suffisance des renseignements fournis par les ministres et la formulation d'observations au sujet de ces renseignements. La situation en l'espèce était différente de celle dont la Cour suprême était saisie dans *Charkaoui 2*. L'avocat spécial est en mesure de défendre les intérêts de la personne visée par le certificat de sécurité en déterminant, notamment, les renseignements ou d'autres éléments de preuve qui ne sont pas pertinents. La Cour peut donc se fonder sur un accord entre les ministres et les avocats spéciaux dans lequel ils conviennent que certains renseignements divulgués conformément à *Charkaoui 2* ne sont pas pertinents, et elle n'est pas tenue de vérifier ces renseignements. En outre, l'arrêt *Charkaoui 2* portait principalement sur la vérification des allégations formulées contre l'intéressé et sur les renseignements invoqués par les ministres. Aucun élément des motifs de la Cour suprême ne laissait entendre que la Cour fédérale devait porter son attention sur des renseignements non pertinents.

Selon l'alinéa 83(1)d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, le juge doit garantir la confidentialité des renseignements que lui fournit le ministre et dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Cette disposition s'applique aux renseignements utilisés par les ministres ainsi qu'aux renseignements fournis par ceux-ci. Il appert d'une simple lecture de la Loi que le juge doit se conformer à cette obligation avant qu'un élément de la présentation exigée par *Charkaoui 2* puisse être communiqué à la personne visée par le certificat de sécurité. De plus, dans des situations où le juge peut être contraint d'intervenir pour que justice soit rendue, le juge peut soulever des préoccupations concernant des documents ou des questions à trancher auprès des avocats des ministres et des avocats spéciaux.

2) Le principe de la publicité des débats judiciaires, qui exige la transparence tant dans la procédure suivie que dans les éléments pertinents à la solution du litige, ne s'applique pas aux renseignements divulgués ou produits au cours d'un litige, mais non présentés en preuve. Il se pourrait que les ministres n'utilisent jamais la présentation exigée conformément à *Charkaoui 2* et, par conséquent, que ces renseignements ne soient pas mis en preuve. Dans ces circonstances, le principe de la publicité des débats judiciaires n'exige pas que les renseignements soient versés dans le dossier public de la Cour. La présentation exigée par *Charkaoui 2* devrait plutôt être communiquée directement à l'avocat de chaque partie visée par le certificat. Lorsqu'ils déposent à la Cour, à titre confidentiel, les renseignements justifiant le certificat, les ministres sont également tenus de verser un résumé des renseignements. Étant donné que ces résumés concernent de l'information que les ministres ont fournie et utilisée ainsi que des renseignements sur ce qui s'est passé au cours des audiences à huis clos, il faut que ces résumés soient versés dans les dossiers publics de la Cour, eu égard au principe de la publicité des débats judiciaires.

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. *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. *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, s. 12. *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 77(1) (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4), (2) (as am. *idem*), 78(f) (as am. by S.C. 2005, c. 10, s. 34(2)(E)), 83(1)(c) (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4), (d) (as am. *idem*), (e) (as am. *idem*), 85.1(1) (as enacted *idem*), (2) (as enacted *idem*), 85.2 (as enacted *idem*), 85.4(1) (as enacted *idem*).

CASES CITED

CONSIDERED:

Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration), 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326, 294 D.L.R. (4th) 478, 58 C.R. (6th) 45; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, 276 D.L.R. (4th) 594, 54 Admin. L.R. (4th) 1; *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39, (1985), 16 D.L.R. (4th) 447, 17 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, (1991), 120 A.R. 161, [1992] 1 W.W.R. 97; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522, 211 D.L.R. (4th) 193, 40 Admin. L.R. (3d) 1; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253, 285 D.L.R. (4th) 193, [2008] 1 W.W.R. 223; *Juman v. Doucette*, 2008 SCC 8, [2008] 1 S.C.R. 157, 290 D.L.R. (4th) 193, [2008] 4 W.W.R. 1.

REFERRED TO:

Vancouver Sun (Re), 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332, 240 D.L.R. (4th) 147, [2005] 2 W.W.R. 671.

AUTHORS CITED

Sopinka, John *et al.* *The Trial of An Action*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1998.

REFERENCE pursuant to an order by the Chief Justice to determine (1) whether paragraph 62 of *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326, 294 D.L.R. (4th) 478, 58 C.R. (6th) 45 requires the designated judge to verify all information disclosed by the ministers if the special advocates and counsel for the ministers

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7. *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. *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 12. *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 77(1) (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), (2) (mod., *idem*), 78f) (mod. par L.C. 2005, ch. 10, art. 34(2)(A)), 83(1)c) (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), d) (mod., *idem*), e) (mod., *idem*), 85.1(1) (édicte, *idem*), (2) (édicte, *idem*), 85.2 (édicte, *idem*), 85.4(1) (édicte, *idem*).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39, [1985] R.D.J. 38; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *Juman c. Doucette*, 2008 CSC 8, [2008] 1 R.C.S. 157.

DÉCISION CITÉE :

Vancouver Sun (Re), 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332.

DOCTRINE CITÉE

Sopinka, John *et al.* *The Trial of An Action*, 2^e éd. Toronto : Butterworths, 1998.

RENVOI suivant une ordonnance du juge en chef pour trancher les questions de savoir : 1) si le paragraphe 62 de l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326, exige que le juge désigné vérifie tous les renseignements communiqués par les ministres lorsque les avocats spéciaux et les avocats des

agree that some of the information is irrelevant, and (2) whether the information disclosed to persons named in security certificates and their counsel should be placed on the Court's public files. The questions were answered in the negative.

APPEARANCES

Donald A. MacIntosh, Toby J. Hoffmann and Caroline Carrasco for applicants.

Barbara L. Jackman, Marlys A. Edwardh, Lorne Waldman, Matthew C. Webber and Norman D. Boxall for respondents.

Anil K. S. Kapoor and John R. Norris as special advocates.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicants.

Jackman & Associates, Toronto, Marlys Edwardh, Barristers Professional Corporation, Toronto, Waldman & Associates, Toronto, Webber Schroeder, Ottawa, Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa, for respondents.

Anil K. S. Kapoor, Toronto and John R. Norris, Toronto, as special advocates.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] DAWSON J.: By order dated January 2, 2009, the Chief Justice ordered that the Court adjudicate upon two common issues of law that have arisen in these four proceedings. The two common issues were identified in the order as follows:

- a) What is the role of the designated judge with respect to the additional information disclosed by the ministers pursuant to the decision of the Supreme Court of Canada in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38? More specifically, does paragraph 62 of that decision require the judge to “verify” all information disclosed by the ministers if the special advocates and counsel for the ministers all agree that a portion of that information is irrelevant to the issues before the Court?

ministres conviennent qu’une partie des renseignements n’est pas pertinente; et 2) si les renseignements communiqués aux personnes visées par les certificats de sécurité et à leurs avocats devraient être versés dans les dossiers publics de la Cour. Une réponse négative a été donnée aux questions.

ONT COMAPRU

Donald A. MacIntosh, Toby J. Hoffmann et Caroline Carrasco pour les demandeurs.

Barbara L. Jackman, Marlys A. Edwardh, Lorne Waldman, Matthew C. Webber et Norman D. Boxall pour les défendeurs.

Anil K. S. Kapoor et John R. Norris à titre d’avocats spéciaux.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour les demandeurs.

Jackman & Associates, Toronto, Marlys Edwardh, Barristers Professional Corporation, Toronto, Waldman & Associates, Toronto, Webber Schroeder, Ottawa, Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa, pour les défendeurs.

Anil K. S. Kapoor, Toronto et John R. Norris, Toronto, à titre d’avocats spéciaux.

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

[1] LA JUGE DAWSON : Dans une ordonnance en date du 2 janvier 2009, le juge en chef a décidé que la Cour tranchera deux questions de droit communes soulevées dans les quatre instances en l’espèce. Les deux questions communes ont été formulées comme suit dans l’ordonnance :

[TRADUCTION]

- a) Quel est le rôle du juge désigné à l’égard des renseignements supplémentaires communiqués par les ministres conformément au jugement que la Cour suprême du Canada a rendu dans *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38? Plus précisément, le paragraphe 62 de ce jugement exige-t-il que le juge « vérifie » tous les renseignements communiqués par les ministres lorsque les avocats spéciaux et les avocats des ministres conviennent tous qu’une partie des renseignements en cause n’est pas pertinente quant aux questions dont la Cour est saisie?

b) Should the information disclosed to the named persons and their counsel be placed on the Court's public files in these proceedings? If so, when?

[2] Oral submissions were to be made on January 26, 2009. As well, on January 14, 2009, the Court requested, by way of a direction, that on January 26, 2009 counsel also be prepared to make oral submissions on the following issue:

Paragraph 83(1)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act* requires the designated judge to ensure that, throughout the proceeding, the person concerned is provided with a summary of information and other evidence that reasonably informs them of the case made by the Ministers.

Is there a distinction to be drawn between how information relied upon by the Ministers and disclosed pursuant to paragraph 83(1)(e) of the Act is to be treated, and how information not relied upon by the Ministers, but disclosed pursuant to *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38 is to be treated?

[3] These reasons set out the Court's determination of the two common issues of law.

The First Issue

Background

[4] In *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui 2*), the Supreme Court of Canada considered the nature of the duty owed by the Canadian Security Intelligence Service (Service) to retain and disclose information in its possession about a person named in a security certificate issued under subsection 77(1) of the Act [*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27]. Up to that point in time it had been the policy of the Service to destroy all operational notes (as defined in Service Policy OPS-217) after they had been transcribed into a report. The Supreme Court found such policy to be based upon a flawed interpretation of section 12 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (CSIS Act). Section 12 of the CSIS Act, properly interpreted, was found to require the Service to "acquire information to the extent that it is

b) Les renseignements communiqués aux personnes désignées et à leurs avocats devraient-ils être versés dans les dossiers publics de la Cour dans les présentes instances? Si dans l'affirmative, à quel moment?

[2] Des observations devaient être présentées de vive voix le 26 janvier 2009. De plus, le 14 janvier 2009, la Cour a demandé aux avocats, au moyen d'une directive, de se préparer à présenter, le 26 janvier 2009, des observations de vive voix sur la question suivante :

[TRADUCTION] Selon l'alinéa 83(1)e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, le juge désigné doit veiller, tout au long de l'instance, à ce que soit fourni à l'intéressé un résumé de la preuve qui lui permet d'être suffisamment informé de la thèse des ministres.

Y a-t-il une distinction à faire entre le traitement à accorder aux renseignements invoqués par les ministres et communiqués conformément à l'alinéa 83(1)e) de la Loi et aux renseignements que les ministres n'ont pas invoqués, mais qui ont été communiqués conformément à l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38?

[3] Les présents motifs font état de la décision de la Cour au sujet des deux questions de droit communes.

La première question

Contexte

[4] Dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (*Charkaoui 2*), la Cour suprême du Canada s'est penchée sur la nature de l'obligation du Service canadien du renseignement de sécurité (Service) de conserver et de communiquer l'information qu'il détient au sujet d'une personne visée par un certificat de sécurité délivré en application du paragraphe 77(1) de la Loi [*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27]. Auparavant, le Service avait eu pour politique de détruire toutes les notes opérationnelles (selon la définition énoncée dans la politique interne OPS-217) après leur transcription dans un rapport. La Cour suprême a conclu que cette politique était fondée sur une interprétation erronée de l'article 12 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Loi sur le SCRS). Elle était d'avis que,

strictly necessary in order to carry out its mandate, and [to] then analyse and retain relevant information and intelligence” (*Charkaoui 2*, at paragraph 38).

[5] Turning to the duty owed to a person named in a security certificate, the Court wrote as follows at paragraph 62:

As things stand, the destruction by CSIS officers of their operational notes compromises the very function of judicial review. To uphold the right to procedural fairness of people in Mr. Charkaoui’s position, CSIS should be required to retain all the information in its possession and to disclose it to the ministers and the designated judge. The ministers and the designated judge will in turn be responsible for verifying the information they are given. If, as we suggest, the ministers have access to all the undestroyed “original” evidence, they will be better positioned to make appropriate decisions on issuing a certificate. The designated judge, who will have access to all the evidence, will then exclude any evidence that might pose a threat to national security and summarize the remaining evidence — which he or she will have been able to check for accuracy and reliability — for the named person. [Emphasis added.]

[6] Implicit in the requirement that the Service retain and disclose to the Court “all the information in its possession” is that the ministers may rely only upon a portion of the information that is in the Service’s possession. Similarly, the person concerned (either through his special advocate, or through his counsel if the Service’s information has been disclosed or summarized to him) may not rely upon all of the information in the Service’s holdings. It follows that a portion of the information in the Service’s possession may not be considered to be relevant or pertinent by either party.

[7] Thus, in the *in camera* hearings held in these proceedings an issue arose as to whether the Court was responsible for verifying all of the information in the Service’s holdings (as suggested by a reading of paragraph 62 of *Charkaoui 2*) or whether the Court was

selon l’article 12 de la Loi sur le SCRS, le Service devait « acquérir de l’information dans la mesure strictement nécessaire à l’accomplissement de son mandat, puis analyser et conserver les informations et renseignements pertinents » (*Charkaoui 2*, au paragraphe 38).

[5] Au paragraphe 62 de son jugement, la Cour suprême a formulé les remarques suivantes au sujet de l’obligation qui existe envers une personne visée par un certificat de sécurité :

Dans l’état actuel des choses, la destruction de leurs notes opérationnelles par les agents du SCRS compromet la fonction même du contrôle judiciaire. Ainsi, afin de respecter le droit à l’équité procédurale des personnes telles que M. Charkaoui, le SCRS devrait être tenu de conserver l’ensemble des renseignements dont il dispose et de les divulguer aux ministres ainsi qu’au juge désigné. Ces derniers seront à leur tour responsables de vérifier l’information qui leur est remise. S’ils ont accès à l’ensemble de la preuve « originale », non détruite, comme nous le suggérons, les ministres seront mieux placés pour prendre les décisions appropriées au sujet de la délivrance du certificat. Puis, le juge désigné, qui aura à sa disposition l’ensemble des renseignements, écartera l’information susceptible de menacer la sécurité nationale et résumera le reste de la preuve, dont il aura pu vérifier l’exactitude et la fiabilité, à l’intention de la personne visée. [Non souligné dans l’original.]

[6] L’obligation pour le Service de conserver et de divulguer à la Cour « l’ensemble des renseignements dont il dispose » sous-entend implicitement la possibilité que les ministres n’utilisent qu’une partie des renseignements en question. Dans la même veine, l’intéressé (que ce soit par l’entremise de son avocat spécial ou de son avocat, si les renseignements se trouvant en la possession du Service lui ont été communiqués ou résumés) n’utilise pas tous les renseignements dont le Service dispose. Il est donc possible qu’une partie des renseignements se trouvant en la possession du Service ne soit pas jugée pertinente par l’une ou l’autre des parties.

[7] C’est dans ce contexte que s’est posée, au cours des audiences à huis clos tenues dans les présentes instances, la question de savoir si la Cour devait vérifier l’ensemble des renseignements dont le Service dispose (comme le laisse entendre le paragraphe 62 de l’arrêt

only required to verify information or evidence that a party seeks to rely upon.

Charkaoui 2), ou si elle était tenue de vérifier uniquement les renseignements ou autres éléments de preuve qu'une partie cherche à utiliser.

The position of the parties

La position des parties

[8] The special advocates for Messrs. Almrei, Harkat, Jaballah and Mahjoub (named persons) submit that:

[8] Les avocats spéciaux de MM. Almrei, Harkat, Jaballah et Mahjoub (personnes visées) soutiennent ce qui suit :

a. Paragraph 62 of *Charkaoui 2* does not apply to these proceedings.

a. Le paragraphe 62 de l'arrêt *Charkaoui 2* ne s'applique pas aux présentes instances.

b. The designated judge is not to have regard to any information which is not "relied upon by the parties (through their counsel) with the assistance of the Special Advocates". The role of the designated judge "is to adjudicate the issues with reference to the information/evidence relied upon by the parties (through their counsel) with the assistance of the Special Advocates".

b. Le juge désigné ne doit pas tenir compte des renseignements [TRADUCTION] « que les parties (par l'entremise de leurs avocats) aidées des avocats spéciaux, n'utilisent pas ». Le rôle du juge désigné [TRADUCTION] « consiste à trancher les questions en litige en tenant compte des renseignements/éléments de preuve que les parties (par l'entremise de leurs avocats) aidées des avocats spéciaux utilisent ».

[9] Counsel for the named persons express agreement with, and simply adopt, the position taken by the special advocates.

[9] Les avocats des personnes visées souscrivent à la position des avocats spéciaux et adoptent celle-ci.

[10] The ministers argue that the designated judge is not required to verify information disclosed by the ministers pursuant to paragraph 62 of *Charkaoui 2* "if the special advocates and ministers agree that a portion of that information is irrelevant to the issues before the Court".

[10] Les ministres font valoir que le juge désigné n'est pas tenu de vérifier les renseignements divulgués par les ministres conformément au paragraphe 62 de l'arrêt *Charkaoui 2* [TRADUCTION] « si les avocats spéciaux et les ministres conviennent qu'une partie des renseignements en cause n'est pas pertinente quant aux questions dont la Cour est saisie ».

Consideration of the issue

Examen de la question

[11] Both the special advocates and the ministers premise their submissions upon the fact that in *Charkaoui 2* the Supreme Court was considering what it had previously described, in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui 1*), to be the "pseudo-inquisitorial role" then assigned to designated judges under the Act (see, for example, paragraph 51 of *Charkaoui 1*).

[11] Les avocats spéciaux et les ministres fondent leurs arguments sur le fait que, dans l'arrêt *Charkaoui 2*, la Cour suprême examinait ce qu'elle avait précédemment décrit, dans *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (*Charkaoui 1*), le « rôle pseudo-inquisitoire » alors dévolu aux juges désignés en vertu de la Loi (voir, par exemple, le paragraphe 51 de l'arrêt *Charkaoui 1*).

[12] I agree. At paragraph 18 of its reasons in *Charkaoui 2*, the Supreme Court was careful to state that no issues were then before it about the proper interpretation of *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 (Bill C-3). At paragraph 60 of its reasons, the Supreme Court noted that the statutory framework before it did not include Bill C-3.

[13] Turning to the current legislative framework which governs these proceedings, as its long title suggests, Bill C-3 provided for the creation of the position of special advocate. To be a special advocate one must be a member in good standing of the bar of a province and have at least 10 years' experience at the bar. Salient provisions of the new legislative scheme are that after his or her appointment, a special advocate may meet with the person concerned, and his counsel. At such time, the special advocate may be briefed by the person concerned and his counsel, and may be informed about the theory of their case. Thereafter, the special advocate is to receive a copy of all of the information and other evidence that is provided in confidence to the Court (subsection 85.4(1) [as enacted by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the Act).

[14] The role of the special advocate is to “protect the interests” of a person named in a security certificate when evidence is received *in camera* (subsection 85.1(1) [as enacted *idem*] of the Act). In that role, the special advocate may challenge the Minister's claim that the disclosure of information or evidence would be injurious to national security or endanger the safety of a person, and may challenge the “relevance, reliability and sufficiency” of information or evidence that is provided by the Minister, but not disclosed to the person named in a security certificate (subsection 85.1(2) [as enacted *idem*] of the Act).

[15] To those ends, the special advocate may cross-examine witnesses who testify in the *in camera* proceedings, may make submissions with respect to the information or evidence that is led in the *in camera* proceedings, and may, with the judge's authorization, exercise any other powers that are necessary to protect

[12] Je suis d'accord. Au paragraphe 18 des motifs qu'elle a exprimés dans l'arrêt *Charkaoui 2*, la Cour suprême a pris soin de préciser qu'elle n'était pas saisie du débat sur l'interprétation de la *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 (projet de loi C-3). De plus, au paragraphe 60 de ses motifs, elle a mentionné que le cadre législatif applicable au pourvoi dont elle était saisie ne comprenait pas le projet de loi C-3.

[13] En ce qui a trait au cadre législatif actuel qui régit les présentes instances, comme le laisse entendre son titre intégral, le projet de loi C-3 prévoyait la création du poste d'avocat spécial. Pour être avocat spécial, une personne doit être membre en règle du barreau d'une province et compter au moins 10 ans d'expérience au barreau. Selon les dispositions les plus importantes de ce nouveau régime législatif, après sa nomination, l'avocat spécial peut rencontrer l'intéressé et l'avocat de celui-ci et être alors informé de la thèse de leur cause. Par la suite, il doit recevoir copie de tous les renseignements et autres éléments de preuve qui ont été fournis au tribunal à titre confidentiel (paragraphe 85.4(1) [édicte par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la Loi).

[14] L'avocat spécial a pour rôle de « défendre les intérêts » de la personne visée par le certificat de sécurité lors de toute audience à huis clos (paragraphe 85.1(1) [édicte, *idem*] de la Loi). Dans le cadre de ce rôle, l'avocat spécial peut contester l'affirmation du ministre selon laquelle la divulgation de renseignements ou autres éléments de preuve porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui, ainsi que « la pertinence, la fiabilité et la suffisance » des renseignements ou autres éléments de preuve fournis par le ministre, mais non communiqués à l'intéressé (paragraphe 85.1(2) [édicte, *idem*] de la Loi).

[15] À cette fin, l'avocat spécial peut contre-interroger les personnes qui témoignent au cours des audiences à huis clos, formuler des observations au sujet des renseignements et autres éléments de preuve présentés au cours des audiences en question et exercer, avec l'autorisation du juge, tout autre pouvoir nécessaire à la

the interests of the person named in the security certificate (section 85.2 [as enacted *idem*] of the Act). All of the provisions of the Act currently in effect and referred to in these reasons are set out in the appendix to these reasons.

[16] The provision for a special advocate, clothed with such a mandate and responsibilities, reflects Parliament's presumed intent to assure a fair hearing in compliance with section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. The special advocate is in a position to be familiar with the case to be advanced on behalf of the person named in a security certificate and to assist the person concerned to know, to the extent possible, the case to be met, as required by the Supreme Court in *Charkaoui 1*, at paragraphs 64 and 65.

[17] Having regard to the special advocate's experience at the bar, his or her opportunity to be briefed by the person named in a security certificate, and the mandate and powers given to the special advocate, I am satisfied that the situation is distinguishable from that before the Supreme Court in *Charkaoui 2*. I am also satisfied by those factors that the special advocate has the means at his or her disposal to protect the interests of the person named in the security certificate by, amongst other things, identifying confidential information or evidence that is not pertinent.

[18] Thus, where the ministers and the special advocate agree that material disclosed by the ministers pursuant to *Charkaoui 2* (*Charkaoui 2* disclosure) is irrelevant to the issues before the Court, the Court may rely upon that agreement. In such a case, the Court need not verify information that the ministers and the special advocate agree to be irrelevant.

[19] There is a second reason for reaching this conclusion. I accept the submission of the ministers that the focus in *Charkaoui 2* was on "verification" of the allegations of fact made against the named person, and

défense des intérêts de la personne visée par le certificat de sécurité (article 85.2 [édicte, *idem*] de la Loi). Toutes les dispositions de la Loi qui sont actuellement en vigueur et qui sont mentionnées dans les présents motifs sont reproduites à l'annexe jointe aux présentes.

[16] La création du poste d'avocat spécial investi du mandat et des responsabilités susmentionnés traduit l'intention présumée du législateur d'assurer une audience impartiale, conformément à l'article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. L'avocat spécial est en mesure de bien se familiariser avec la thèse qui sera invoquée au nom de l'intéressé et d'aider cette personne à connaître dans la mesure du possible les allégations à réfuter, comme l'a exigé la Cour suprême dans l'arrêt *Charkaoui 1*, aux paragraphes 64 et 65.

[17] Eu égard à l'expérience de l'avocat spécial au barreau, à la possibilité qu'il a d'être informé de la thèse de la personne visée par le certificat de sécurité ainsi qu'au mandat et aux pouvoirs qui lui sont confiés, je suis d'avis que la situation est différente de celle dont la Cour suprême était saisie dans l'arrêt *Charkaoui 2*. Un examen de ces facteurs m'amène également à conclure que l'avocat spécial est en mesure de défendre les intérêts de la personne visée par le certificat de sécurité en déterminant, notamment, les renseignements ou autres éléments de preuve confidentiels qui ne sont pas pertinents.

[18] En conséquence, lorsque les ministres et l'avocat spécial conviennent que certains éléments divulgués par les ministres conformément à l'arrêt *Charkaoui 2* (présentation exigée par *Charkaoui 2*) ne sont pas pertinents quant aux questions dont la Cour est saisie, celle-ci peut se fonder sur cet accord. En pareil cas, la Cour n'est pas tenue de vérifier les renseignements dont les ministres et l'avocat spécial conviennent qu'ils ne sont pas pertinents.

[19] Il y a une autre raison qui m'amène à en arriver à cette conclusion. Je souscris à l'argument des ministres selon lequel l'arrêt *Charkaoui 2* porte principalement sur la « vérification » des allégations de fait formulées

on the evidence and information relied upon by the ministers to support those allegations. This is reflected in paragraphs 60 and 61 of *Charkaoui 2*, the paragraphs that directly lead to the paragraph at issue. There, the Court wrote:

Within the statutory framework applicable to the appeal, which does not include Bill C-3, only the ministers and the designated judge have access to all the evidence. In *Charkaoui*, this Court noted the difficulties that the Act then in force caused in the review of the reasonableness of the certificate and in the detention review, particularly with respect to the assessment of the allegations of fact made against the named person:

Despite the judge's best efforts to question the government's witnesses and scrutinize the documentary evidence, he or she is placed in the situation of asking questions and ultimately deciding the issues on the basis of incomplete and potentially unreliable information. [para. 63]

The destruction of the original documents exacerbates these difficulties. If the original evidence was destroyed, the designated judge has access only to summaries prepared by the state, which means that it will be difficult, if not impossible, to verify the allegations. In criminal law matters, this Court has noted that access to original documents is useful to ensure that the probative value of certain evidence can be assessed effectively. In *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38, at para. 46, the Court mentioned that viewing a videotape of a police interrogation can assist judges in monitoring interrogation practices, and that interview notes cannot reflect the tone of what was said and any body language that may have been employed. [Emphasis added.]

[20] The thrust of the Court's concern was with respect to the ability of the Court to assess the state's allegations concerning the person named in the security certificate.

[21] There is nothing in the reasons of the Supreme Court to suggest that this Court need focus upon the irrelevant. Indeed, subsection 78(f) [as am. by S.C. 2005, c. 10, s. 34(2)(E)] of the Act, in force at the relevant time, provided that the designated judge should not base a decision upon irrelevant information or evidence. Rather, the judge was to return such evidence or information to the ministers. It is unreasonable to

contre l'intéressé et sur les renseignements et autres éléments de preuve invoqués par les ministres à l'appui de ces allégations. C'est ce qui ressort des paragraphes 60 et 61 de l'arrêt *Charkaoui 2*, soit les paragraphes qui ont directement mené au paragraphe en question. Voici comment la Cour suprême s'est exprimée :

Dans le cadre législatif applicable au pourvoi, qui exclut donc le projet de loi C-3, seuls les ministres et le juge désigné ont accès à l'ensemble de la preuve. Dans *Charkaoui*, notre Cour a souligné les difficultés que la loi alors en vigueur entraînait dans la vérification du caractère raisonnable du certificat et de la détention, notamment quant à l'appréciation des allégations de fait présentées contre la personne visée :

Peu importe les efforts qu'il déploie pour interroger les témoins du gouvernement et examiner la preuve documentaire, le juge se retrouve dans une situation où il doit poser des questions et, ultimement, rendre sa décision en s'appuyant sur des renseignements incomplets, qui ne sont peut-être pas fiables. [par. 63]

La destruction des documents originaux accentue ces difficultés. Si la preuve originale a été détruite, le juge désigné a seulement accès à des résumés produits par l'État dont la contre-vérification risque de devenir problématique, sinon illusoire. En droit criminel, notre Cour a rappelé l'utilité de la disponibilité des documents originaux pour permettre un contrôle effectif de la valeur de certains éléments de preuve. Ainsi, dans *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38, par. 46, notre Cour a souligné que le visionnement d'une bande vidéo contenant un interrogatoire policier permet au juge de contrôler les méthodes d'interrogation, et que des notes qui résument un interrogatoire ne peuvent refléter le ton des propos et le langage corporel qui a pu être utilisé. [Non souligné dans l'original.]

[20] La préoccupation de la Cour concernait principalement sa capacité d'apprécier les allégations de l'État au sujet de la personne visée par le certificat de sécurité.

[21] Aucun élément des motifs du jugement de la Cour suprême ne laisse entendre que la Cour fédérale doit porter son attention sur des renseignements non pertinents. Effectivement, selon l'alinéa 78f) [mod. par L.C. 2005, ch. 10, art. 34(2)(A)] de la Loi, qui était alors en vigueur, les renseignements ou autres éléments de preuve ne devaient pas servir de fondement s'ils n'étaient pas pertinents. Le juge devait plutôt remettre

suggest that any duty existed to verify information or evidence which was to have been returned to the ministers.

[22] This is dispositive of the first common issue of law.

[23] The written and oral submissions of the special advocates and the ministers go beyond this issue and discuss generally the role of the designated judge. Two points are raised. The first concerns the role of the designated judge when counsel for the ministers and the special advocates agree that a portion of the *Charkaoui 2* disclosure may be released to the named person. The second concerns the ability of the designated judge to have regard to the *Charkaoui 2* disclosure or to raise any concern about a document or an issue.

[24] Turning to the first concern, in their written and oral submissions, the special advocates submit that when, after the *Charkaoui 2* disclosure has been filed in confidence with the Court, the ministers and the special advocates agree that a portion of the disclosure may be released to the named person, the Court has no role in reviewing that decision. They submit that it is up to the ministers to make a claim for privilege, and where no claim for privilege is made, disclosure should automatically follow.

[25] In response, counsel for the ministers agree that disclosure should be automatic where the source of the information is not confidential. After initially expressing some doubt about what the Court's role would be if the information emanated from a confidential source, counsel for the ministers ultimately submitted that "the Ministers can take stock of what can go out and should go out". This was said to be what happened at the commencement of these proceedings when the ministers prepared and filed the initial public summaries without judicial approval.

[26] As a practical matter, absent inadvertent error on the part of the ministers, it is difficult to imagine

ces renseignements ou éléments de preuve aux ministres. Il n'est pas raisonnable d'affirmer qu'il était obligatoire de vérifier les renseignements ou éléments de preuve qui devaient être remis aux ministres.

[22] Cela permet de trancher la première question de droit commune.

[23] Les avocats spéciaux et les ministres vont au-delà de cette question dans leurs observations écrites et orales et discutent de manière générale du rôle du juge désigné en soulevant deux points à ce sujet. Le premier concerne le rôle du juge désigné lorsque les avocats des ministres et les avocats spéciaux conviennent qu'une partie de la présentation exigée par l'arrêt *Charkaoui 2* peut être divulguée à la personne visée. Le second porte sur la possibilité pour le juge désigné de tenir compte de la présentation exigée par l'arrêt *Charkaoui 2* ou de soulever des préoccupations au sujet d'un document ou d'une question en litige.

[24] En ce qui a trait à la première préoccupation, les avocats spéciaux soutiennent, dans leurs observations écrites et orales, que lorsque les ministres et eux-mêmes conviennent, après que la présentation exigée par l'arrêt *Charkaoui 2* est déposée à la Cour à titre confidentiel, qu'une partie de ces éléments peut être divulguée à l'intéressé, il n'appartient pas à la Cour de réviser cette décision. À leur avis, il appartient plutôt aux ministres de revendiquer un privilège et, lorsqu'ils ne le font pas, la communication devrait être automatique.

[25] En réponse, les avocats des ministres admettent que la communication devrait être automatique lorsque la source des renseignements n'est pas confidentielle. Après avoir d'abord exprimé des doutes sur le rôle que la Cour devrait jouer si les renseignements émanaient d'une source confidentielle, les avocats des ministres ont finalement soutenu que [TRADUCTION] « les ministres peuvent faire le point sur les éléments pouvant et devant être communiqués ». C'est apparemment ce qui s'est produit au début des présentes instances, lorsque les ministres ont préparé et produit les résumés publics initiaux sans l'approbation de la Cour.

[26] En pratique, sauf en cas d'erreur accidentelle de la part des ministres, il est difficile d'imaginer une

a situation where the Court would conclude that information that the ministers were willing to disclose could not be disclosed for reasons of national security or the safety of any person. However, as a matter of law, I disagree with the submission that any portion of the *Charkaoui 2* disclosure that is filed in confidence with the Court can be disclosed to the person named in the certificate without the prior approval of the Court.

[27] In my respectful view, the submissions made to the Court fail to properly consider paragraph 83(1)(d) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the Act which provides that “the judge shall ensure the confidentiality of information and other evidence provided by the Minister if, in the judge’s opinion, its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person”. Paragraph 83(1)(d) of the Act applies not just to information and evidence relied upon by the ministers, but also applies to the information and evidence “provided” by the Minister.

[28] The predecessor of paragraph 83(1)(d) was one of the provisions of the legislative scheme that led the Supreme Court to observe that “[c]onfidentiality is a constant preoccupation of the certificate scheme”: see *Charkaoui 1*, at paragraph 55.

[29] The submission that the ministers must assert a claim for privilege before the Court may assess the validity of that claim is contrary to the plain wording of paragraph 83(1)(d) of the Act.

[30] Similarly, the analogy drawn by counsel for the ministers with the issuance of the initial public summary by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness fails, in my respectful view, to take into account that subsection 77(2) [as am. *idem*] of the Act expressly obliges the Minister to exercise his own opinion as to what information may be disclosed in that summary without injuring national security or endangering the safety of any person. No other provision in Division 9 of the Act reposes a similar discretion in the Minister.

[31] It follows, in my view, from a plain reading of the Act that none of the *Charkaoui 2* disclosure may

situation où la Cour conclurait que des renseignements que les ministres étaient disposés à révéler ne pourraient l’être pour des raisons liées à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui. Cependant, en droit, je ne puis admettre qu’une partie de la présentation exigée par l’arrêt *Charkaoui 2* et déposée à la Cour à titre confidentiel peut être communiquée à la personne visée par le certificat sans l’approbation préalable de la Cour.

[27] À mon humble avis, les arguments invoqués à cet égard ne tiennent pas compte de l’alinéa 83(1)d) [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la Loi, qui énonce qu’il incombe au juge « de garantir la confidentialité des renseignements et autres éléments de preuve que lui fournit le ministre et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui ». Cette disposition s’applique non seulement aux renseignements et autres éléments de preuve utilisés par les ministres, mais également aux renseignements et autres éléments de preuve « fournis » par ceux-ci.

[28] La disposition qu’a remplacée l’actuel alinéa 83(1)d) était l’une des dispositions du régime législatif qui a incité la Cour suprême à faire remarquer que « [l]a confidentialité constitue une préoccupation constante dans le régime de certificat » : voir l’arrêt *Charkaoui 1*, au paragraphe 55.

[29] L’argument selon lequel les ministres doivent invoquer un privilège avant que la Cour puisse apprécier la validité de cette allégation va à l’encontre du texte clair de l’alinéa 83(1)d) de la Loi.

[30] De même, l’analogie faite par les avocats des ministres avec la présentation du résumé public initial par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile ne tient pas compte, à mon humble avis, du fait que le paragraphe 77(2) [mod., *idem*] de la Loi oblige expressément le ministre à former sa propre opinion quant aux renseignements pouvant être dévoilés dans ce résumé sans que cette divulgation porte atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui. Aucune autre disposition de la section 9 de la Loi n’accorde un pouvoir discrétionnaire semblable au ministre.

[31] Il appert donc d’une simple lecture de la Loi qu’aucun élément de la présentation exigée par l’arrêt

be disclosed to the named person or his counsel without first affording to the designated judge the opportunity to fulfill his or her obligation under paragraph 83(1)(d) of the Act.

[32] Turning to the second concern, the special advocates urge that the designated judge's role is limited to deciding the case on the basis of the information relied upon by the parties, as assisted by the special advocates. The role of the designated judge with respect to the *Charakaoui 2* disclosure is limited to adjudicating claims of relevance and national security privilege. The designated judge is not to have regard to any portion of the *Charakaoui 2* disclosure unless it is the subject of some disagreement or is relied upon by a party. In oral argument the special advocates submitted, and the ministers' counsel agreed, that the designated judge should not be permitted to raise a concern about a document or an issue with the special advocates and counsel for the ministers.

[33] These issues were not put before the Court by the order of the Chief Justice. At the time these matters were argued the *Charakaoui 2* disclosure had not been filed in confidence with the Court in a number of cases. Thus, in a number of cases, neither the Court nor the special advocates are aware of the form, nature and content of the *Charakaoui 2* disclosure. In that circumstance it is, in my view, premature to make pronouncements circumscribing the role of the designated judge.

[34] To illustrate, it is possible that the *Charakaoui 2* disclosure may contain information that has been redacted on grounds including solicitor-client privilege, cabinet confidence, or that the information relates to the investigation of other persons and does not touch upon the named person. The designated judge may, therefore, have a role in reviewing the propriety of redacted information. Each case will depend on its own circumstances.

[35] The role of the designated judge is best determined on a proper evidentiary basis where counsel and the special advocates may address submissions that are informed by the facts and matters before the Court.

Charakaoui 2 ne peut être communiqué à l'intéressé ou à l'avocat de celui-ci sans que le juge désigné ait d'abord eu la possibilité de se conformer à son obligation découlant de l'alinéa 83(1)d) de la Loi.

[32] En ce qui a trait à la deuxième préoccupation, les avocats spéciaux font valoir que le rôle du juge désigné consiste simplement à trancher l'affaire sur la foi des renseignements que les parties, aidées des avocats spéciaux, utilisent. Le rôle du juge désigné quant à la présentation exigée par l'arrêt *Charakaoui 2* se limite à trancher les allégations relatives à la pertinence et à la sécurité nationale. Le juge désigné ne doit tenir compte d'aucun élément de cette présentation, sauf s'il fait l'objet d'un désaccord ou qu'il est utilisé par une partie. Au cours de leurs observations de vive voix, les avocats spéciaux ont soutenu et les avocats du ministre ont convenu que le juge désigné ne devrait pas être autorisé à soulever auprès d'eux une préoccupation concernant un document ou une question en litige.

[33] La Cour n'a pas été saisie de ces questions par l'ordonnance du juge en chef. Lorsque ces questions ont été débattues, la présentation exigée par l'arrêt *Charakaoui 2* n'avait pas été déposée à la Cour à titre confidentiel dans plusieurs affaires. Ainsi, pour certaines d'entre elles, ni la Cour non plus que les avocats spéciaux ne connaissent la forme, la nature et la teneur de cette présentation. Dans ces circonstances, j'estime qu'il est prématuré de formuler des affirmations ayant pour effet de circonscrire le rôle du juge désigné.

[34] Ainsi, il est possible que la présentation exigée par l'arrêt *Charakaoui 2* renferme des renseignements qui ont été supprimés parce qu'ils sont visés par le privilège du secret professionnel de l'avocat, qu'ils constituent des renseignements confidentiels du cabinet ou qu'ils portent sur l'enquête relative à d'autres personnes et ne concernent pas l'intéressé. Le juge désigné pourrait donc être appelé à réviser la pertinence des renseignements supprimés, et ce rôle peut varier en fonction des circonstances propres à chaque cas.

[35] Il est préférable de déterminer le rôle du juge désigné à la lumière d'une preuve satisfaisante qui permet aux avocats des parties et aux avocats spéciaux de formuler des observations fondées sur les faits et sur les questions dont la Cour est saisie.

[36] As to the propriety of the designated judge raising concerns about a document or issue, there are a myriad of different circumstances that might give rise to a concern on the part of a designated judge. The variety of those circumstances makes it unwise to make unequivocal pronouncements.

[37] I note, however, that in written submissions filed on this issue in DES-3-08 (prior to the issuance of the Chief Justice's order) the position of the special advocates was different. At paragraph 14 of those submissions they wrote:

The proper action to be taken by a judge who considers that the parties have not identified an issue or brought sufficient evidence with respect to an issue is to make this known to the parties so that they may address the deficiency in the record.

[38] To a similar effect were the oral submissions in reply of Ms. Edwardh, counsel for Messrs. Jaballah and Mahjoub. She noted that “[s]ometimes the court is best suited to at least raise a question to ensure the ultimate fairness of the process. That is also your responsibility”. No one disavowed that submission.

[39] Ms. Edwardh's submission is consistent with jurisprudence such as *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39 where, at page 44, Justice Lamer (as he then was) wrote for the Supreme Court that “it is clear that judges are no longer required to be as passive as they once were; to be what I call sphinx judges. We now not only accept that a judge may intervene in the adversarial debate, but also believe that it is sometimes essential for him to do so for justice in fact to be done. Thus a judge may and sometimes must ask witnesses questions, interrupt them in their testimony and if necessary call them to order.”

[40] To similar effect is the comment in John Sopinka *et al.*, *The Trial of An Action*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1998), at page 137, that a judge's ability to question a witness “is not limited to questions

[36] Quant à la question de savoir s'il convient que le juge désigné soulève des préoccupations au sujet d'un document ou d'une question à trancher, il existe une foule de situations pouvant donner lieu à une préoccupation de la part du juge désigné. En raison de la diversité de ces situations, il n'est pas souhaitable de formuler des affirmations catégoriques.

[37] Je souligne toutefois que, dans les observations écrites qu'ils ont déposées sur cette question dans le dossier DES-3-08 (avant la délivrance de l'ordonnance du juge en chef), les avocats spéciaux ont adopté une position différente. Au paragraphe 14 de ces observations, ils ont souligné ce qui suit :

[TRADUCTION] Lorsqu'il estime que les parties ont omis de relever une question à trancher ou n'ont pas présenté suffisamment d'éléments de preuve au sujet d'une question en litige, le juge se doit de le leur faire savoir afin qu'elles puissent corriger la lacune au dossier.

[38] M^{me} Edwardh, avocate de MM. Jaballah et Mahjoub, a formulé des arguments semblables en réponse : [TRADUCTION] « dans certains cas le tribunal est le mieux placé pour agir, à tout le moins, pour soulever une question afin d'assurer en bout de ligne l'équité de la procédure. C'est également une responsabilité qui vous incombe ». Personne n'a désavoué cette observation.

[39] L'argument de M^{me} Edwardh va de pair avec des jugements comme *Brouillard c. La Reine.*, [1985] 1 R.C.S. 39, où, à la page 44, le juge Lamer (alors juge de la Cour suprême du Canada) s'est exprimé comme suit : « il est clair que l'on n'exige plus du juge la passivité d'antan; d'être ce que, moi, j'appelle un juge sphinx. Non seulement acceptons-nous aujourd'hui que le juge intervienne dans le débat adversaire, mais croyons-nous aussi qu'il est parfois essentiel qu'il le fasse pour que justice soit effectivement rendue. Ainsi un juge peut et, parfois, doit poser des questions aux témoins, les interrompre dans leur témoignage, et au besoin les rappeler à l'ordre ».

[40] John Sopinka *et al.* s'exprime à peu près dans le même sens dans l'ouvrage intitulé *The Trial of An Action*, 2^e éd. (Toronto : Butterworths, 1998), où il souligne, à la page 137, que la capacité du juge d'interroger

designed to clear up doubtful points, but extends to questions concerning matters not dealt with by counsel.”

[41] Thus, I reject the oral submission of the special advocates and the ministers that, in proceedings brought under Division 9 of the Act, a designated judge may not raise concerns about documents or issues with counsel and the special advocate. As in any other proceeding, circumstances may require a designated judge to intervene in a variety of circumstances in order for justice to be done, and to be seen to be done.

[42] I now turn to the second common issue.

The Second Issue

Background

[43] The second issue also relates to the *Charkaoui 2* disclosure. Such disclosure, it is to be remembered, consists of disclosure to the designated judge and the special advocate of all of the information in the possession of the Service concerning the named person. Because, in these cases, the ministers have already filed with the Court, and put into evidence, “the information and other evidence on which the [security] certificate is based” (as required by subsection 77(2) of the Act), what is contemplated is disclosure of information which is not relied upon by the ministers.

[44] The parties agree that once the information is filed in confidence with the Court, in each case a determination must be made about what information should and may be disclosed or summarized to the person named in the security certificate and his counsel. Once that has been decided, the second question of law now before the Court inquires as to whether that disclosure is made directly to the named person and his counsel, without also being filed on the Court’s public file.

un témoin [TRADUCTION] « ne se limite pas aux questions visant à éclaircir les points nébuleux, mais couvre également les questions concernant des aspects non abordés par les avocats ».

[41] En conséquence, je rejette l’argument que les avocats spéciaux et les ministres ont invoqué verbalement et selon lequel, dans les instances fondées sur la section 9 de la Loi, le juge désigné ne peut soulever de préoccupations concernant les renseignements ou documents auprès des avocats et de l’avocat spécial. Comme c’est le cas dans toute autre instance, les circonstances peuvent parfois contraindre le juge désigné à intervenir afin de veiller non seulement à ce que justice soit rendue, mais paraisse l’avoir été.

[42] J’en arrive maintenant à la deuxième question commune.

La deuxième question

Contexte

[43] La deuxième question concerne également la présentation exigée par l’arrêt *Charkaoui 2*. Il convient de rappeler que cette présentation se compose de l’ensemble des renseignements détenus par le Service au sujet de l’intéressé et divulgués au juge désigné et à l’avocat spécial. Étant donné que, dans les présentes instances, les ministres ont déjà déposé à la Cour et mis en preuve « les renseignements et autres éléments de preuve justifiant » le certificat (comme l’exige le paragraphe 77(2) de la Loi), c’est la divulgation des renseignements non utilisés par les ministres qui est envisagée.

[44] Les parties conviennent que, dès que les renseignements sont déposés à la Cour à titre confidentiel, il faut déterminer, dans chaque cas, ceux qui peuvent et qui devraient être divulgués ou résumés à la personne visée par le certificat et à l’avocat de cette personne. Une fois que cette décision est prise, la deuxième question de droit qui se pose est de savoir si ces renseignements et éléments sont divulgués directement à l’intéressé et à son avocat sans être également versés dans le dossier public de la Cour.

The position of the parties

[45] The special advocates submit that such information produced, or summarized, to a person named in a security certificate should be provided privately, that is “party to party”. This production or disclosure should not be filed in the Court’s public registry. Counsel for the named persons and the ministers agree with this submission.

[46] In making this submission, the special advocates and counsel for the ministers argue that:

a. In litigation, production or disclosure between the parties is treated differently than the record of the proceedings. Such production is private between the parties.

b. The open court principle does not attach to private disclosure of information that is not relied upon or placed on the record of the proceeding.

[47] The ministers also rely upon one paragraph contained in the reasons of the Supreme Court of Canada in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. There, when considering the Crown’s obligation to make disclosure to the defence in a criminal proceeding, at page 338, the Court wrote:

In my opinion there is a wholly natural evolution of the law in favour of disclosure by the Crown of all relevant material. As long ago as 1951, Cartwright J. stated in *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232, at p. 257:

I wish to make it perfectly clear that I do not intend to say anything which might be regarded as lessening the duty which rests upon counsel for the Crown to bring forward evidence of every material fact known to the prosecution whether favourable to the accused or otherwise...

[Emphasis added in original.]

This statement may have been in reference to the obligation resting on counsel for the Crown to call evidence rather than to disclose the material to the defence, but I see no reason why this obligation should not be discharged by disclosing the material to the defence rather than obliging the Crown to

La position des parties

[45] Les avocats spéciaux soutiennent que les renseignements ainsi présentés ou résumés à une personne visée par le certificat de sécurité devraient être communiqués en privé, c’est-à-dire d’une partie à l’autre. Ces documents ou renseignements ne devraient pas être versés dans le dossier public de la Cour. Les avocats des intéressés et des ministres sont d’accord sur ce point.

[46] Dans le cadre de cet argument, les avocats spéciaux et les avocats des ministres font valoir ce qui suit :

a. Dans un litige, les éléments communiqués entre les parties sont traités différemment de ceux qui sont versés dans le dossier de l’instance. Cette production se fait en privé entre les parties.

b. Le principe de la publicité des débats judiciaires ne s’applique pas à la communication en privé de renseignements qui ne sont pas utilisés ni ne sont versés dans le dossier de l’instance.

[47] Les ministres se fondent également sur un paragraphe des motifs du jugement que la Cour suprême du Canada a rendu dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Dans cette affaire, la Cour a examiné l’obligation de divulgation qui incombe à la Couronne envers la défense dans une instance criminelle et s’est exprimée comme suit, à la page 338 :

À mon avis, le droit connaît une évolution tout à fait naturelle vers la divulgation par le ministère public de tous les renseignements pertinents. Déjà en 1951, le juge Cartwright disait dans l’arrêt *Lemay v. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232, à la p. 257 :

[TRADUCTION] Je veux qu’on comprenne bien que je ne veux rien dire qui soit considéré comme une atténuation de l’obligation du substitut du procureur général de présenter la preuve de tout fait substantiel connu de la poursuite, qu’il soit favorable ou non à l’accusé... [Je souligne.]

Cette affirmation concerne peut-être l’obligation du substitut du procureur général de citer des témoins plutôt qu’une obligation de divulguer les renseignements à la défense, mais je ne vois aucune raison pour laquelle le ministère public ne devrait pas s’acquitter de l’obligation en question en divulguant

make it part of the Crown's case. Indeed, some of the information will be in a form that cannot be put in evidence by the Crown but can be used by the defence in cross-examination or otherwise. Production to the defence is then the only way in which the injunction of Cartwright J. can be obeyed. [Emphasis added.]

ces renseignements à la défense au lieu de se voir contraint de les produire en preuve. En fait, certains de ces renseignements revêtiront une forme qui rendra impossible leur production en preuve par le ministère public mais qui permettra leur utilisation par la défense, notamment à des fins de contre-interrogatoire. Leur communication à la défense représente donc l'unique façon dont l'injonction du juge Cartwright peut être respectée. [Non souligné dans l'original.]

Consideration of the issue

[48] Consideration of this issue properly begins with the open court principle.

[49] The Supreme Court of Canada has often emphasized that the open court principle is a constitutionally protected cornerstone of the common law. See, for example, *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332, at paragraphs 22–26. The principle requires “public openness, both in the proceedings of the dispute, and in the material that is relevant to its resolution”: see *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2005 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522, at paragraph 1.

[50] A fuller description of the principle is found in the reasons of Justice LeBel (in dissent, but not on this point) in *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253. At paragraph 81, he wrote:

The open court principle is now well established in Canadian law. This Court has on numerous occasions confirmed the fundamental importance and constitutional nature of this principle In general terms, the open court principle implies that justice must be done in public. Accordingly, legal proceedings are generally open to the public. The hearing rooms where the parties present their arguments to the court must be open to the public, which must have access to pleadings, evidence and court decisions. Furthermore, as a rule, no one appears in court, whether as a party or as a witness, under a pseudonym. [Emphasis added.]

Examen de la question

[48] Pour examiner cette question, il convient d'abord de rappeler le principe de la publicité des débats judiciaires.

[49] La Cour suprême du Canada a souligné à maintes reprises que le principe de la publicité des débats est une pierre angulaire de la common law qui est protégée par la Constitution. Voir, par exemple, *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332, aux paragraphes 22 à 26. Le principe exige « la transparence, tant dans la procédure suivie que dans les éléments pertinents à la solution du litige » : voir *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522, au paragraphe 1.

[50] Une description plus détaillée du principe figure dans les motifs du jugement que le juge LeBel (qui était dissident, mais non sur cette question) a rédigés dans *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253. Voici comment il s'est exprimé au paragraphe 81 :

Le principe de la publicité des débats judiciaires est maintenant bien établi en droit canadien. Notre Cour a d'ailleurs eu l'occasion d'en confirmer à maintes reprises l'importance fondamentale et le caractère constitutionnel [...] Défini d'une manière générale, le principe de la publicité des débats judiciaires implique que la justice doit être rendue publiquement. En conséquence, les débats judiciaires eux-mêmes sont en général ouverts au public. La salle d'audience où les parties plaident devant le tribunal leurs prétentions respectives doit en effet être ouverte au public et ce dernier doit avoir accès aux actes de procédure, éléments de preuve et décisions judiciaires. Par ailleurs, en principe personne ne comparait devant les tribunaux, que ce soit comme partie ou comme témoin, sous un pseudonyme. [Non souligné dans l'original.]

[51] As suggested by the quotations from the *Sierra Club* and *Named Person* cases set out above, the open court principle has not been held to apply to information disclosed or produced in the course of litigation, but not put into evidence by a party.

[52] Thus, in the passage from *Stinchcombe* relied upon by the ministers, in the context of the criminal law, the Supreme Court contemplated disclosure of information to an accused and his counsel privately, and not by way of calling evidence in public.

[53] Similarly, in *Juman v. Doucette*, 2008 SCC 8, [2008] 1 S.C.R. 157, at paragraph 21, the Supreme Court observed that, in the civil context, pre-trial discovery does not take place in open court. Therefore, it followed that the “only point at which the ‘open court’ principle is engaged is when, if at all, the case goes to trial and the discovered party’s documents or answers from the discovery transcripts are introduced as part of the case at trial.”

[54] In the cases now before the Court, the *Charkaoui 2* disclosure consists, or will consist, of information not relied upon by the ministers, and therefore not before the Court in evidence.¹ Further, that information may never be relied upon by the named person. In those circumstances, I accept the submissions of counsel that the open court principle does not require that information or evidence contained in the *Charkaoui 2* disclosure be placed on the Court’s public file. Such an outcome in this administrative proceeding would be inconsistent with the manner in which production or disclosure is treated in both the criminal and civil context. The *Charkaoui 2* disclosure should be made directly to counsel for each named person.

[55] Moreover, nothing in the Act requires the ministers to file the *Charkaoui 2* disclosure as evidence in either the public or private proceeding. Subsection

[51] Comme le laissent entendre les extraits cités plus haut des arrêts *Sierra Club* et *Personne désignée*, le principe de la publicité des débats judiciaires n’a pas été appliqué aux renseignements divulgués ou produits au cours d’un litige, mais non présentés en preuve par une partie.

[52] Ainsi, dans l’extrait de l’arrêt *Stinchcombe* que les ministres ont invoqué et qui portait sur le droit criminel, la Cour suprême faisait allusion à la divulgation de renseignements à l’accusé et à l’avocat de celui-ci en privé, et non par la citation de témoins à une audience publique.

[53] De même, dans l’arrêt *Juman c. Doucette*, 2008 CSC 8, [2008] 1 R.C.S. 157, au paragraphe 21, la Cour suprême a fait remarquer que, dans le contexte civil, l’interrogatoire préalable n’a pas lieu dans le cadre d’une audience publique. En conséquence, « [l]e seul moment où le principe de la “publicité des débats en justice” entre en jeu est celui de l’instruction où les documents de la partie interrogée au préalable ou les réponses tirées des transcriptions de l’interrogatoire préalable sont introduits en preuve au procès ».

[54] Dans les affaires dont la Cour est actuellement saisie, la présentation exigée par l’arrêt *Charkaoui 2* se compose ou se composera de renseignements que les ministres n’ont pas utilisés et qui n’ont donc pas été mis en preuve devant la Cour¹. De plus, il se pourrait que l’intéressé n’utilise jamais les renseignements en question. Dans ces circonstances, je souscris à l’argument des avocats selon lequel le principe de la publicité des débats judiciaires n’exige pas que les renseignements ou éléments de preuve contenus dans la présentation exigée par l’arrêt *Charkaoui 2* soient versés dans le dossier public de la Cour. Pareil résultat dans la présente procédure administrative serait incompatible avec la façon dont la production ou la divulgation est traitée tant en matière criminelle que civile. La présentation exigée par l’arrêt *Charkaoui 2* devrait être communiquée directement à l’avocat de chaque personne visée par le certificat.

[55] De plus, aucune disposition de la Loi n’exige que les ministres déposent cette présentation en preuve, que ce soit dans l’instance publique ou privée. Selon le

77(2) and paragraph 83(1)(c) [as am. *idem*] of the Act contemplate the ministers adducing evidence on which the certificate is based, or evidence to refute evidence relied upon by a named person. The ministers are not obliged to put into evidence information they do not rely upon.

[56] Turning to the Court's direction of January 14, 2009, and the treatment of the information that is relied upon by the ministers, I begin by briefly reviewing the disclosure regime set out in the Act.

[57] Certificate proceedings are commenced when the ministers refer a duly executed security certificate to the Court (subsection 77(1) [as am. *idem*] of the Act). At that time, the ministers must file with the Court, in confidence, the information and other evidence on which the certificate is based. They must also file on the Court's public record a summary of information. That summary should enable the person named in the security certificate to be reasonably informed of the case made by the ministers. The summary must not, however, include anything that, in the opinion of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed (subsection 77(2) of the Act).

[58] The requirement that a summary be filed with the Court, and be available for review by the public, is consistent with the requirement of the open court principle that pleadings and evidence be publicly available. At the same time, the summary balances that need for openness against the need to protect information that, if disclosed, would be injurious to national security or endanger the safety of any person.

[59] Thereafter, there is an ongoing obligation on the part of the designated judge to ensure that the person named in the certificate is provided with summaries of information and other evidence that enables them to be reasonably informed of the case made by the ministers (paragraph 83(1)(e) [as am. *idem*] of the Act) and what transpired in the *in camera* proceedings. The latter information would include, for example, salient information obtained in the course of the cross-examination

paragraphe 77(2) et l'alinéa 83(1)(c) [mod., *idem*] de la Loi, les ministres doivent présenter les renseignements et autres éléments de preuve justifiant le certificat ou visant à réfuter la preuve sur laquelle se fonde la personne visée par celui-ci. Les ministres ne sont pas tenus de présenter en preuve les renseignements qu'ils n'utilisent pas.

[56] Quant à la directive de la Cour en date du 14 janvier 2009 et au traitement des renseignements que les ministres utilisent, j'aimerais d'abord résumer le régime de divulgation énoncé dans la Loi.

[57] Une procédure de certificat est engagée lorsque les ministres déposent à la Cour un certificat de sécurité dûment signé (paragraphe 77(1) [mod., *idem*] de la Loi). Les ministres doivent alors déposer, à titre confidentiel, en même temps que le certificat, les renseignements et autres éléments de preuve justifiant celui-ci. Ils sont également tenus de verser dans le dossier public de la Cour un résumé des renseignements, qui devrait permettre à la personne visée d'être suffisamment informée de la thèse des ministres. Cependant, ce résumé ne doit comporter aucun élément dont la divulgation, de l'avis du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui (paragraphe 77(2) de la Loi).

[58] L'obligation de déposer à la Cour un résumé de façon que le public puisse le consulter va de pair avec le principe de la publicité des débats judiciaires selon lequel les actes de procédure et la preuve doivent être publiquement accessibles. Cette obligation permet également de concilier le principe de la transparence avec la nécessité de protéger les renseignements dont la divulgation risquerait de porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

[59] Par la suite, le juge désigné est tenu, tout au long de l'instance, de veiller à ce que la personne visée par le certificat reçoive des résumés des renseignements et autres éléments de preuve qui lui permettent d'être suffisamment informée de la thèse des ministres (alinéa 83(1)(e) [mod., *idem*] de la Loi) et de ce qui s'est passé au cours des audiences à huis clos. Cette dernière information comprendrait, notamment, les principaux renseignements obtenus au cours du contre-interrogatoire

of a witness called by the ministers. Such summaries must not disclose information injurious to national security or endanger the safety of any person.

[60] The parties and the special advocates submit, and I agree, that because these summaries relate to information which is provided and relied upon by the ministers, and to what transpired in the *in camera* proceedings, the open court principle requires that these summaries be placed on the Court's public files. In the words of Mr. Kapoor, one of the special advocates, these summaries are "essentially a proxy for the attendance of the named person . . . and a proxy for the attendance of the public" at the Court's *in camera* proceeding.

[61] This is dispositive of the second, common issue of law.

Conclusion

[62] For the above reasons, I conclude that:

(a) Where the ministers and the special advocate agree that material disclosed by the ministers pursuant to *Charkaoui 2* is irrelevant to the issues before the Court, the Court may rely upon that agreement. In such a case, the Court need not verify information that the ministers and the special advocates agree to be irrelevant.

(b) No information filed with the Court in confidence pursuant to *Charkaoui 2* can be disclosed to the person named in a security certificate without the prior approval of the Court.

(c) Information or evidence disclosed to the named persons pursuant to *Charkaoui 2* should be disclosed directly to counsel for each person named in a security certificate. The *Charkaoui 2* disclosure should not be placed on the Court's public file. Such information or

d'un témoin cité par les ministres. Ces résumés ne doivent comporter aucun élément dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

[60] Je partage l'avis des parties et des avocats spéciaux selon lequel, étant donné que les résumés en l'espèce concernent de l'information que les ministres fournissent et utilisent ainsi que des renseignements sur ce qui s'est passé au cours des audiences à huis clos, il est nécessaire que ces résumés soient versés dans les dossiers publics de la Cour, eu égard au principe de la publicité des débats judiciaires. Comme l'a souligné M. Kapoor, un des avocats spéciaux, ces résumés [TRADUCTION] « visent essentiellement à remplacer la présence de la personne visée [...] et du public » à l'audience à huis clos de la Cour.

[61] Cela permet de trancher la deuxième question de droit commune.

Conclusion

[62] Pour les motifs exposés ci-dessus, j'en arrive aux conclusions suivantes :

a) Lorsque les ministres et l'avocat spécial conviennent que les éléments divulgués par les ministres conformément à l'arrêt *Charkaoui 2* ne sont pas pertinents quant aux questions dont la Cour est saisie, celle-ci peut se fonder sur cet accord. En pareil cas, la Cour n'est pas tenue de vérifier les renseignements dont les ministres et les avocats spéciaux conviennent qu'ils ne sont pas pertinents.

b) Aucun renseignement déposé à la Cour à titre confidentiel conformément à l'arrêt *Charkaoui 2* ne peut être divulgué à la personne visée par le certificat de sécurité sans l'approbation préalable de la Cour.

c) Les renseignements ou autres éléments de preuve divulgués aux personnes visées conformément à l'arrêt *Charkaoui 2* devraient être communiqués directement à l'avocat de chacune des personnes visées par le certificat de sécurité. La présentation exigée par l'arrêt

evidence would only become public if it is relied upon by a party and placed into evidence.

(d) Summaries of evidence or information made pursuant to paragraph 83(1)(e) of the Act must be placed on the Court's public file because they relate to information relied upon by the ministers and to what transpired in the *in camera* proceedings.

[63] In the event that any party wishes that an order issue in relation to these reasons, a brief written submission may be filed containing that request and setting out the proposed content of the requested order.

¹ It may be that the ministers might later seek to augment the information upon which the security certificate is based, or to amend the report filed in support of the certificate, by relying upon a portion of the *Charkaoui 2* disclosure. I make no determination about the permissibility of this.

APPENDIX

Subsections 77(1) and (2), paragraphs 83(1)(c), (d) and (e), subsections 85.1(1) and (2), section 85.2, subsection 85.4(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

77. (1) The Minister and the Minister of Citizenship and Immigration shall sign a certificate stating that a permanent resident or foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality, and shall refer the certificate to the Federal Court.

(2) When the certificate is referred, the Minister shall file with the Court the information and other evidence on which the certificate is based, and a summary of information and other evidence that enables the person who is named in the certificate to be reasonably informed of the case made by the Minister but that does not include anything that, in the Minister's opinion, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed.

Charkaoui 2 ne devrait pas être versée dans le dossier public de la Cour. Ces renseignements ou autres éléments de preuve ne deviendraient publics que si une partie utilisait ceux-ci et les présentait en preuve.

d) Les résumés des renseignements ou autres éléments de preuve qui sont préparés conformément à l'alinéa 83(1)e) de la Loi doivent être versés dans le dossier public de la Cour, parce qu'ils concernent des renseignements que les ministres utilisent et des renseignements sur ce qui s'est passé au cours des audiences à huis clos.

[63] Si une partie désire qu'une ordonnance soit rendue à l'égard des présents motifs, elle pourra déposer un court mémoire faisant état de cette demande et du contenu proposé de ladite ordonnance.

¹ Il se pourrait que les ministres cherchent plus tard à compléter les renseignements sur lesquels le certificat de sécurité est fondé ou à modifier le rapport produit au soutien de celui-ci en invoquant une partie de la présentation exigée par l'arrêt *Charkaoui 2*. Je ne prononce pas sur l'admissibilité de cette démarche.

ANNEXE

Paragraphes 77(1) et (2), alinéas 83(1)c), d) et e), paragraphes 85.1(1) et (2), article 85.2 et paragraphe 85.4(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

77. (1) Le ministre et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration déposent à la Cour fédérale le certificat attestant qu'un résident permanent ou qu'un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée.

(2) Le ministre dépose en même temps que le certificat les renseignements et autres éléments de preuve justifiant ce dernier, ainsi qu'un résumé de la preuve qui permet à la personne visée d'être suffisamment informée de sa thèse et qui ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon le ministre, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

...

[...]

83. (1) The following provisions apply to proceedings under any of sections 78 and 82 to 82.2:

83. (1) Les règles ci-après s'appliquent aux instances visées aux articles 78 et 82 à 82.2 :

...

[...]

(c) at any time during a proceeding, the judge may, on the judge's own motion — and shall, on each request of the Minister — hear information or other evidence in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel if, in the judge's opinion, its disclosure could be injurious to national security or endanger the safety of any person;

c) il peut d'office tenir une audience à huis clos et en l'absence de l'intéressé et de son conseil — et doit le faire à chaque demande du ministre — si la divulgation des renseignements ou autres éléments de preuve en cause pourrait porter atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

(d) the judge shall ensure the confidentiality of information and other evidence provided by the Minister if, in the judge's opinion, its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person;

d) il lui incombe de garantir la confidentialité des renseignements et autres éléments de preuve que lui fournit le ministre et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

(e) throughout the proceeding, the judge shall ensure that the permanent resident or foreign national is provided with a summary of information and other evidence that enables them to be reasonably informed of the case made by the Minister in the proceeding but that does not include anything that, in the judge's opinion, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed;

e) il veille tout au long de l'instance à ce que soit fourni à l'intéressé un résumé de la preuve qui ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui et qui permet à l'intéressé d'être suffisamment informé de la thèse du ministre à l'égard de l'instance en cause;

...

[...]

85.1 (1) A special advocate's role is to protect the interests of the permanent resident or foreign national in a proceeding under any of sections 78 and 82 to 82.2 when information or other evidence is heard in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel.

85.1 (1) L'avocat spécial a pour rôle de défendre les intérêts du résident permanent ou de l'étranger lors de toute audience tenue à huis clos et en l'absence de celui-ci et de son conseil dans le cadre de toute instance visée à l'un des articles 78 et 82 à 82.2.

(2) A special advocate may challenge

(2) Il peut contester :

(a) the Minister's claim that the disclosure of information or other evidence would be injurious to national security or endanger the safety of any person; and

a) les affirmations du ministre voulant que la divulgation de renseignements ou autres éléments de preuve porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

(b) the relevance, reliability and sufficiency of information or other evidence that is provided by the Minister and is not disclosed to the permanent resident or foreign national and their counsel, and the weight to be given to it.

b) la pertinence, la fiabilité et la suffisance des renseignements ou autres éléments de preuve fournis par le ministre, mais communiqués ni à l'intéressé ni à son conseil, et l'importance qui devrait leur être accordée.

...

[...]

85.2 A special advocate may

85.2 L'avocat spécial peut :

(a) make oral and written submissions with respect to the information and other evidence that is provided by the Minister and is not disclosed to the permanent resident or foreign national and their counsel;

a) présenter au juge ses observations, oralement ou par écrit, à l'égard des renseignements et autres éléments de preuve fournis par le ministre, mais communiqués ni à l'intéressé ni à son conseil;

(b) participate in, and cross-examine witnesses who testify during, any part of the proceeding that is held in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel; and

(c) exercise, with the judge's authorization, any other powers that are necessary to protect the interests of the permanent resident or foreign national.

...

85.4 (1) The Minister shall, within a period set by the judge, provide the special advocate with a copy of all information and other evidence that is provided to the judge but that is not disclosed to the permanent resident or foreign national and their counsel.

b) participer à toute audience tenue à huis clos et en l'absence de l'intéressé et de son conseil, et contre-interroger les témoins;

c) exercer, avec l'autorisation du juge, tout autre pouvoir nécessaire à la défense des intérêts du résident permanent ou de l'étranger.

[...]

85.4 (1) Il incombe au ministre de fournir à l'avocat spécial, dans le délai fixé par le juge, copie de tous les renseignements et autres éléments de preuve qui ont été fournis au juge, mais qui n'ont été communiqués ni à l'intéressé ni à son conseil.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any 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, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

STATUS IN CANADA

Permanent Residents

Judicial review of Immigration and Refugee Board's (IRB) decision refusing applicant's family class sponsorship application for husband—Application raising issue of law not appearing to have been dealt with previously—Applicant, citizen of Sri Lanka, marrying lawful landed immigrant resident in Canada, in Sri Lanka—Applicant eventually obtaining appropriate order of divorce granted by appropriate Ontario court—Applicant remarrying citizen of Sri Lanka, seeking to sponsor him so he may obtain permanent resident visa—IRB concluding because applicant's first marriage taking place in Sri Lanka, since not dissolved in Sri Lanka, applicant could not sponsor second husband—Whether Ontario divorce effectively dissolving marriage even if performed in Sri Lanka—*Divorce Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 3 not restricting appropriate Canadian court from granting divorce only in respect of marriages performed in Canada—Once divorce granted, effective throughout Canada, including for purposes of *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27—Application allowed—Question certified.

MANUVELPILLAI v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2676, 2010 FC 286, Hughes J., judgment dated March 11, 2010, 7 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

EXCISE TAX ACT

Statutory appeal pursuant to *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 81.2 of decision by Minister of National Revenue refusing plaintiff's request for refund of excise tax on jewellery paid from November 25, 2005 to May 1, 2006—Plaintiff, jewellery manufacturer, filing application for refund of excise tax, claiming right to refund arising out of passage of Bill C-259, *An Act to amend the Excise Tax Act (elimination of excise tax on jewellery)*, S.C. 2005, c. 55 which came into force on November 25, 2005—Whether *An Act to amend the Excise Tax Act (elimination of excise tax on jewellery)* eliminating excise tax paid by plaintiff on jewellery during period mentioned above—Plaintiff arguing drafting error supplanted intent, purpose of Bill C-259—Court finding no ambiguity arising on face of statutory provision—Court can only make explicit what otherwise implicit—In doing more by adding to statute's terms, Court risking usurping legislative role—Court cannot conclude with confidence that had Bill C-259 been properly understood, presented in its final stage, that it would indeed have been adopted to achieve effect suggested by plaintiff—No obvious correction in this case as suggested correction would require more than simply correcting drafting error—Act cannot be read as having eliminated excise tax on jewellery from November 25, 2005 to May 1, 2006—Appeal dismissed.

ZALE CANADA DIAMOND SOURCING INC. v. CANADA (NATIONAL REVENUE) (T-1419-08, 2010 FC 202, Beaudry J., judgment dated February 25, 2010, 41 pp.)

FOOD AND DRUGS

Judicial Review of Health Canada Therapeutic Products Directorate's decision rejecting new drug submission on basis on pre-clinical, clinical trial data submitted pursuant to *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, s. C.08.002—Minister's view pre-clinical, clinical data implicitly required by Regulations, s. C.08.002 reasonable, falling within range of acceptable outcomes—Minister's view strengthened by fact legislator specifying information must be sufficient to allow Minister to assess safety, efficacy—Even if that interpretation unreasonable, Minister not fettering discretion by requiring clinical data in all cases as matter of policy—Applicant's particular circumstances considered extensively before policy applied—Also no breach in procedural fairness because requiring clinical data Health Canada's normal procedure, applicant given explicit, sufficient notice clinical data would be required—Application dismissed.

HOSPIRA HEALTHCARE CORPORATION V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-116-07, 2010 FC 213, O'Keefe J., judgment dated February 25, 2010, 23 pp.)

HUMAN RIGHTS

Judicial review of Canadian Human Rights Tribunal's decision (2009 CHRT 1) dismissing last three of applicant's complaints, finding delay in hearing of complaints significantly impairing ability of National Research Council (NRC) to provide full answer, defence to allegations against it—Applicant, research scientist of East Indian origin, employed by NRC from 1981 to 2007, alleging discrimination by employer—Whether Tribunal erring in law by failing to consider significant history between parties, previous findings of discrimination—Context not to be taken into account when determining whether delay impairing party's ability to answer complaint against it—When prejudice of sufficient magnitude to impact on fairness of hearing established, no need to assess causes of delay—In context of allegation of abuse of process, where issue whether proceedings unfair to point they are contrary to interests of justice, no doubt essential to look at conduct of parties—But when focusing on fairness of hearing, as in case herein, no such need to look beyond party's ability to answer case against it—Tribunal's finding delay in hearing of complaints significantly impairing NRC's ability to provide full answer, defence unassailable, reasonable on basis of record before it—Application dismissed.

GROVER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-174-09, 2010 FC 320, de Montigny J., judgment dated March 19, 2010, 28 pp.)

LABOUR RELATIONS

Judicial review challenging health and safety officer's (HSO) determination of "normal condition of employment" in absence of investigation under *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 129—Cabin personnel scheduled to operate flight, exercising their right to refuse to work under Code, Part II—Refusal based on in-charge flight attendant affirmations, saying same pilot indicated on previous flight he was going to "ditch" plane because he had nothing to lose—Health and safety officer proceeding with on-site assessment of matter, concluding circumstances on which refusal based constituting normal working condition of employment within meaning of Code, s. 128(2)—Whether HSO can conclude circumstances of work refusal constituting normal condition of employment through preliminary inquiry, whether HSO compelled to launch investigation under Code, s. 129 "without delay" before making such determination—Legislation not making reference to preliminary inquiry by HSO to first ascertain whether work refusal not barred by Code, s. 128(2)—While power given to HSO under Code, s. 141 to conduct inquiry at any reasonable time, this provision not overriding clear language of s. 129—Code not giving HSO jurisdiction to conduct preliminary inquiry, make any determination under s. 128(2), upon being called to workplace under s. 128(13)—This interpretation leaving exceptions under s. 128(2) in precarious position because although either exception clearly invalidating refusal to work, Code silent as to how, when s. 128(2) determination can first be made—However, deficiency can only be resolved by Parliament—Application allowed.

CUPE V. AIR CANADA (T-1496-08, 2010 FC 245, O'Keefe J., judgment dated March 3, 2010, 31 pp.)

PAROLE

Judicial review of National Parole Board Appeal Division's decision upholding decision of National Parole Board revoking day parole of applicant—Applicant serving two consecutive life sentences, released on day parole—Warrant of apprehension, suspension executed after reports of applicant threatening community correctional centre staff—Board not requesting applicant's

PAROLE—Concluded

casework record from Correctional Service Canada (CSC), therefore not considering it when deciding to revoke applicant's day parole—Appeal division concluding Board having sufficient available relevant information about applicant's behaviour in community to assess risk of reoffending—Whether Board's failure to obtain, consider applicant's casework record contravening *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (CCRA), s. 101(b), *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, general duty of fairness owed to applicant by Board—Applicant submitting CCRA, s. 101(b), Charter, s. 7, Board's general duty of fairness each imposing obligation on Board to actively obtain casework record—Words “all available information that is relevant to a case”, “information and assessments provided by correction authorities” not contemplating Board having open-ended duty to actively seek potentially relevant information from CSC—Rather, insofar as CSC concerned, those words simply requiring Board take into consideration all information relevant to case received from CSC—Application dismissed.

MILLER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-964-09, 2010 FC 317, Crampton J., judgment dated March 18, 2010, 27 pp.)

PATENTS

INFRINGEMENT

Claims construction—Application pursuant to *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 6 for order prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance to respondent until after expiration of Canadian Patent No. 2264852 ('852 patent)—Case turning on proper interpretation of phrase “in a sustained-ascending dose” found in claims 1, 41, 78 of '852 patent—Sole issue whether respondent's product infringing those claims—Parties relying on two apparently opposing legal maxims both of which cited by S.C.C.—Applicant relying on first rule to argue respondent's experts not approaching claim construction with mind willing to understand—Respondent relying on second rule to argue applicant improperly using disclosure of '852 patent to twist claims in such a manner so as to bring respondent's product within scope of patent—Patent construction should precede infringement, validity analysis—Role of experts not to interpret claims but to put Court in position of being able to do so in knowledgeable way—Still possible for experts not exposed to principles of patent construction to approach patents with mind willing to understand—Not always necessary to examine disclosure prior to construing claims—However, no firm conclusion should be reached regarding words in claims being construed without having tested interpretation with words of disclosure—That being said, resort to disclosure subject to proviso invention protected that which is expressed in claims, cannot be added to by anything mentioned in disclosure—One must not borrow terms from disclosure by placing them in patent claims—If words unambiguous, recourse to disclosure unnecessary—Following interpretation of claims at issue, no infringement of '852 patent found—Application dismissed.

JANSSEN-ORTHO INC. V. CANADA (HEALTH) (T-780-08, 2010 FC 42, Zinn J., judgment dated January 29, 2010, 63 pp.)

PRACTICE

Motion by plaintiffs seeking stay of re-examination process before patent re-examination board—Board appointed by Commissioner of Patents to review patent owned by plaintiffs—Whether Court having jurisdiction to order stay of re-examination board's ongoing proceeding conducted pursuant to *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, ss. 48.1 et seq.—*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50(1)(b) providing that Federal Courts can, in their discretion, stay proceedings in any cause or matter where in interest of justice—This provision not limited to proceedings before this Court, but encompassing other proceedings in addition to those pending—Nothing in French, English versions of s. 50 indicating intention to restrict Court's power to stay proceedings to only those before it—Power to stay proceedings used sparingly, in interest of justice—Counsel for third parties arguing, in case at bar, that to stay re-examination process would be inconsistent with mandatory limitation period prescribed by *Patent Act*, s. 48.3(3)—This argument not persuasive—In any event, it would take more than time limitation within which tribunal must rule on administrative proceeding to oust very explicit jurisdiction conferred on Federal Courts by Parliament—Therefore, *Federal Courts Act*, s. 50(1) conferring power on this Court to issue stay of re-examination proceedings before re-examination board—Plaintiffs will suffer irreparable harm by continuation of re-examination proceedings since Board will most likely ultimately invalidate their patent—By filing re-examination request after commencement of present infringement action, defendant merely attempting to avoid dealing with issue of credibility surrounding alleged prior art—When determining whether to grant stay,

PATENTS—Concluded

preference should be given to most comprehensive proceedings (i.e. Federal Court herein)—In interest of justice that stay of re-examination proceedings be granted pending outcome of present action—Motion granted.

PRENBEC EQUIPMENT INC. v. TIMBERBLADE INC. (T-1554-08, 2010 FC 23, de Montigny J., judgment dated January 8, 2010, 22 pp.)

PENITENTIARIES

Judicial review of decision of Acting Warden of La Macaza Institution refusing applicant escorted temporary absence for family dinner—Applicant incarcerated after conviction for sexual offences involving minors, committed via Internet—Refusal based on *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 17(1)(a)—Warden being of view applicant posed undue threat to society—Yet, committing offence via Internet requiring time, planning—Preventive measures that could have been taken for brief escorted absence would have prevented applicant from planning such offence—Warden’s reasoning therefore “deeply flawed”—Despite deference owed to discretionary decision, decision unreasonable—Application allowed.

GAGNÉ v. CANADA (CORRECTIONAL SERVICE) (T-721-09, 2010 FC 355, Tremblay-Lamer J., judgment dated April 1, 2010, 6 pp.)

RAILWAYS

Appeals from interim, final decisions of Canadian Transportation Agency regarding determination of net salvage value (NSV) of railway line—In cross-appeal, respondent attacking Agency’s final decision—In 2007, respondent publishing “Notice of Discontinuance of Railway” in respect of line in issue pursuant to *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, s. 143(1)—Since reaching no agreement with interested person within required time, respondent offering to transfer all of its interests to governments, as stipulated in Act, s. 145—Whether Agency erring in not taking into account in its determination of NSV, statutory payment obligation found in Act, s. 146.1, by-laws in municipalities through which line runs—Parliament’s intention clearly expressed in Act, ss. 146.1, 146(1)—Act, s. 146.1 only applying if notice of discontinuance provided under Act, s. 146(1)—However, such notice can only be given “if a railway company has complied with the process set out in sections 143 to 145, but an agreement for the sale, lease or other transfer of the railway line or an interest in it is not entered into through that process”—Not possible to give notice of discontinuance pursuant to Act, s. 146(1) since process not reaching stage of agreement—Agency’s conclusion not only reasonable but also legally correct—Costs of levelling rights-of-way denied herein on basis by-laws not applying because no discontinuance of line as required—For purpose of determining NSV “to be used for any purpose”, eventual discontinuance, even dismantling of line presumed as to ensure compliance with Act, s. 145—In quest for fairness, equitable line short of full compensation needs to be drawn somewhere—Parliament’s intent in this respect appearing in partial compensation provided for in Act, s. 146.1—Agency’s expertise helpful in this process, bearing heavily on final determination of NSV—Levelling of rights-of-way possible consequence of presumed discontinuance, dismantling of line, appellant’s claim should also have been analysed from that perspective—Agency possessing discretion to determine costs relevant to determination of NSV—Agency can refuse to award costs unreasonable in light of facts, law—But, it can not disregard claims, which may be relevant as result of presumed discontinuance of line for purpose of NSV determination under Act, s. 145, on basis by-laws advanced in support of claim inapplicable as written, therefore irrelevant—Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

BENGOUGH (TOWN) v. CANADIAN PACIFIC RAILWAY Co. (A-508-08, A-506-08, A-561-08, 2010 FCA 80, Létourneau J.A., judgment dated March 19, 2010, 38 pp.)

SECURITY INTELLIGENCE

Judicial review of decision by Security Intelligence Review Committee (SIRC) to stay investigation of complaint made by applicant against Canadian Security Intelligence Service (CSIS) pending outcome of proceedings brought by applicant in Superior Court of Québec—Applicant alleging that CSIS officers involved in breach of applicant’s rights following detention in Morocco for almost two years—Complaint made to SIRC as authorized under of *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, s. 41—Issue being whether SIRC had power to stay investigation—Act, s. 39 to be interpreted in broad, liberal manner, clearly providing that SIRC entitled to decide how to conduct its investigations—Entirely consistent with broad powers of

SECURITY INTELLIGENCE—Concluded

administrative tribunals in procedural matters—SIRC therefore authorized to stay investigation of complaint filed by applicant—Issue therefore being whether SIRC erred in exercising discretion—Necessary to review reasons given by SIRC to stay investigation in order to assess reasonableness in light of mandate, powers and more general purpose of Act—SIRC stayed investigation basically to avoid duplicity of proceedings—Unlike Superior Court, SIRC not making judicial decisions, not able to order damages—SIRC authorized only to make recommendations to Minister—Consequently, no risk of contradictory decisions—Not reasonable for SIRC to find risk of contradictory judgments in the event it decided not to stay investigation—Application allowed.

OMARY V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1034-09, 2010 FC 335, de Montigny J., judgment dated March 26, 2010, 17 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.

ALIMENTS ET DROGUES

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Direction des produits thérapeutiques de Santé Canada a rejeté la présentation de drogue nouvelle au motif qu'aucune donnée d'essais précliniques et cliniques n'a été soumise en vertu de l'art. C.08.002 du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870—La position du ministre selon laquelle des données d'essais précliniques et cliniques sont implicitement prévues par l'art. C.08.002 du Règlement appartient aux issues possibles acceptables—Le fait que le législateur a précisé qu'il doit y avoir suffisamment de renseignements pour permettre au ministre d'évaluer l'innocuité et l'efficacité étaye la position du ministre—Même si cette interprétation était déraisonnable, le ministre n'a pas entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en exigeant des données cliniques dans tous les cas par principe—Les circonstances particulières de la demanderesse ont fait l'objet d'un examen approfondi avant l'application de la politique—En outre, il n'y a pas eu de manquement à l'équité procédurale, la production de données cliniques faisant partie de la procédure habituelle de Santé Canada et la demanderesse a reçu un avis suffisant et explicite en ce sens—Demande rejetée.

HOSPIRA HEALTHCARE CORPORATION C. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL) (T-116-07, 2010 CF 213, juge O'Keefe, jugement en date du 25 février 2010, 23 p.)

BREVETS

CONTREFAÇON

Interprétation de revendications—Demande déposée en vertu de l'art. 6 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, afin d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à la défenderesse jusqu'à l'expiration du brevet canadien n° 2264852 (le brevet '852)—L'affaire portait sur l'interprétation juste de l'expression « selon une dose augmentant de façon soutenue », telle qu'elle figure dans les revendications 1, 41 et 78 du brevet '852—Le seul point en litige était celui de savoir si le produit de la défenderesse contrefaisait ces revendications—Les parties invoquaient deux maximes juridiques apparemment contraires qui ont été citées par la C.S.C.—S'appuyant sur la première règle, la demanderesse soutenait que les experts de la défenderesse ne s'étaient pas penchés sur l'interprétation des revendications avec un esprit désireux de comprendre—La défenderesse s'appuyait sur la deuxième règle pour prétendre que la demanderesse utilisait de manière inappropriée la divulgation du brevet '852 pour déformer ces revendications de telle sorte que le produit de la défenderesse soit visé par le brevet—L'interprétation du brevet devrait précéder l'analyse de la contrefaçon ou de la validité—Le rôle de l'expert consiste non pas à interpréter les revendications du brevet, mais à faire en sorte que la Cour soit en mesure de le faire de façon éclairée—Les experts qui n'ont pas été exposés aux principes de l'interprétation des brevets peuvent néanmoins lire un brevet avec un esprit désireux de comprendre—Il n'est pas toujours nécessaire de consulter la divulgation avant d'interpréter des revendications—Cependant, il ne faut pas tirer une conclusion définitive concernant le sens des termes employés dans les revendications sans d'abord avoir vérifié le bien-fondé de l'interprétation à l'aide de la divulgation—Cela dit, il faut recourir à la divulgation, à condition que l'invention qui est protégée soit bien ce qui est décrit dans les revendications et que la divulgation n'y ajoute rien—On ne peut emprunter des expressions de la divulgation et les ajouter au libellé des revendications—

BREVETS—Fin

Lorsque le libellé est non équivoque, il est inutile de recourir à la divulgation—Par suite de l'interprétation des revendications en litige, il n'y avait aucune contrefaçon du brevet '852—Demande rejetée.

JANSSEN-ORTHO INC. C. CANADA (SANTÉ) (T-780-08, 2010 CF 42, juge Zinn, jugement en date du 29 janvier 2010, 63 p.)

PRATIQUE

Requête présentée par les requérantes en vue de solliciter une suspension du processus de réexamen devant le conseil de réexamen—Le conseil a été constitué par le commissaire aux brevets pour réexaminer le brevet des requérantes—Il s'agissait de savoir si la Cour avait compétence pour suspendre la procédure en cours du conseil de réexamen mené en application des art. 48.1 et suivants de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4—L'art. 50(1)b) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 dispose que les Cours fédérales ont le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire lorsque l'intérêt de la justice l'exige—Cette disposition ne s'applique pas qu'aux procédures devant la Cour; elle vise d'autres procédures en plus de celles qui sont en instance—Rien dans le libellé des versions française et anglaise de l'art. 50 ne fait état de l'intention de restreindre le pouvoir de suspension d'instances de la Cour aux procédures dont elle est saisie—Le pouvoir de suspension d'instances est très peu utilisé, et ce, seulement lorsque l'intérêt de la justice l'exige—L'avocat des mis en cause affirmait, en l'espèce, que la suspension du processus de réexamen serait incompatible avec la durée obligatoire énoncée à l'art. 48.3(3) de la *Loi sur les brevets*—Cet argument n'était pas convaincant—Quoi qu'il en soit, il faudrait plus que le délai pendant lequel le tribunal doit rendre une décision quant à une instance administrative pour exclure la compétence très explicite que le législateur a conférée aux Cours fédérales—Par conséquent, l'art. 50(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* confère à la Cour le pouvoir de suspendre le processus de réexamen dont le conseil de réexamen était saisi—Les requérantes subiront un préjudice irréparable en raison du maintien du processus de réexamen puisque la Commission invalidera vraisemblablement leur brevet—En déposant une demande de réexamen après le début de l'action en contrefaçon en l'espèce, l'intimée a tout simplement tenté de se soustraire à la question de la crédibilité entourant l'antériorité alléguée—Lorsqu'il faut trancher la question de savoir s'il faut suspendre l'instance, il y a lieu de privilégier l'instance la plus complète (c.-à-d. la Cour fédérale en l'espèce)—Il est dans l'intérêt de la justice que le processus de réexamen soit suspendu en attendant l'issue de la présente instance—Requête accueillie.

PRENBEC EQUIPMENT INC. C. TIMBERBLADE INC. (T-1554-08, 2010 CF 23, juge de Montigny, jugement en date du 8 janvier 2010, 22 p.)

CHEMINS DE FER

Appels des décisions provisoire et finale de l'Office des transports du Canada quant à la détermination de la valeur nette de récupération (VNR) d'une ligne de chemin de fer—Dans le cadre de l'appel incident, l'intimée contestait la décision finale de l'Office—En 2007, l'intimée a publié un « avis d'abandon de ligne de chemin de fer » à l'égard de la ligne en question aux termes de l'art. 143(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10—Comme aucun accord n'a été conclu avec une entité intéressée dans le délai imparti, l'intimée a proposé de céder aux gouvernements tous ses intérêts dans la ligne, comme le prévoit l'art. 145 de la Loi—Il s'agissait de savoir si l'Office a commis une erreur en ne tenant pas compte, dans sa détermination de la VNR, de l'obligation de verser l'indemnisation prévue à l'art. 146.1 de la Loi et des coûts engagés pour se conformer aux règlements des municipalités dont la ligne franchit le territoire—L'intention du législateur est exprimée clairement aux art. 146(1) et 146.1 de la Loi—L'art. 146.1 de la Loi ne s'applique que si l'avis d'abandon prévu à l'art. 146(1) de la Loi est donné—Cependant, cet avis ne peut être transmis que lorsque la compagnie de chemin de fer « s'est conformée au processus établi en vertu des articles 143 à 145, sans qu'une convention de transfert n'en résulte »—L'avis d'abandon prévu à l'art. 146(1) ne pouvait être donné, une convention n'ayant pas résulté du processus—La décision de l'Office était non seulement raisonnable, mais aussi fondée en droit—Les coûts de nivellement des emprises ont été refusés en l'espèce parce que les règlements municipaux ne s'appliquaient pas, la cessation de l'exploitation de la ligne n'ayant pas eu lieu comme prévu—Afin de déterminer la VNR pour que la ligne puisse être utilisée à une fin quelconque, la cessation éventuelle de l'exploitation ou le démontage de la ligne est présumé pour qu'il y ait conformité à l'art. 145 de la Loi—Dans la recherche de l'équité, il faut tirer une ligne équitable sans toutefois consentir l'indemnisation complète—L'intention du législateur à cet égard est reflétée dans l'indemnisation partielle prévue à l'art. 146.1 de la Loi—Les compétences spécialisées de l'Office sont utiles à cet égard et influent considérablement sur la détermination définitive de la VNR—Le nivellement des emprises constitue une conséquence éventuelle de la cessation de l'exploitation et du démontage présumés de la ligne; il aurait aussi fallu analyser l'allégation de l'appelante de ce point de

CHEMINS DE FER—Fin

vue—L'Office possède le pouvoir discrétionnaire d'établir les coûts applicables à la détermination de la VNR—L'Office peut refuser d'attribuer des dépens qui sont déraisonnables à la lumière des faits et du droit—Il ne peut toutefois pas faire abstraction d'allégations, qui peuvent être pertinentes en raison de la prétendue cessation de l'exploitation aux fins de la détermination de la VNR en vertu de l'art. 145 de la Loi parce que les règlements municipaux invoqués à l'appui étaient inapplicables tels qu'ils étaient libellés et donc dépourvus de pertinence—Appel accueilli; appel incident rejeté.

VILLE DE BENGOUGH C. COMPAGNIE DE CHEMIN DE FER CANADIEN PACIFIQUE (A-508-08, A-506-08, A-561-08, 2010 CAF 80, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 19 mars 2010, 38 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

STATUT AU CANADA

Résidents permanents

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) a rejeté la demande de parrainage au titre de la catégorie du regroupement familial visant le mari de la demanderesse—La demande soulevait un point de droit qui ne semblait pas avoir été tranché auparavant—La demanderesse, une citoyenne du Sri Lanka, a épousé, au Sri Lanka, un résident permanent légitime qui résidait au Canada—Par la suite, la demanderesse a obtenu un jugement de divorce pertinent du tribunal ontarien compétent—La demanderesse s'est remariée avec un citoyen du Sri Lanka et a tenté de parrainer ce dernier pour qu'il puisse obtenir un visa de résident permanent—La CISR a conclu que la demanderesse ne pouvait pas parrainer son deuxième mari parce que son premier mariage, célébré au Sri Lanka, n'avait pas été dissous dans ce pays—Il s'agissait de savoir si le divorce prononcé en Ontario a effectivement dissous le mariage, même si celui-ci a été célébré au Sri Lanka—La *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 3 ne restreint pas la portée d'un divorce accordé par un tribunal canadien compétent aux mariages célébrés au Canada—Une fois accordé, le divorce est valide dans tout le Canada, notamment pour l'application de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—Demande accueillie—Question certifiée.

MANUVELPILLAI C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-2676, 2010 CF 286, juge Hughes, jugement en date du 11 mars 2010, 7 p.)

DOUANES ET ACCISE

LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Appel prévu par l'art. 81.2 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 de la décision par laquelle le ministre du Revenu national a rejeté la demande de remboursement présentée par la demanderesse à l'égard de la taxe d'accise sur les bijoux versée entre le 25 novembre 2005 et le 1^{er} mai 2006—La demanderesse, un fabricant de bijoux, a soumis une demande de remboursement de la taxe d'accise, affirmant que son droit au remboursement découlait de l'adoption du projet de loi C-259, *Loi modifiant la Loi sur la taxe d'accise (suppression de la taxe d'accise sur les bijoux)*, L.C. 2005, ch. 55 qui est entrée en vigueur le 25 novembre 2005—Il s'agissait de savoir si la *Loi modifiant la Loi sur la taxe d'accise (suppression de la taxe d'accise sur les bijoux)* supprimait la taxe d'accise sur les bijoux versée par la demanderesse pendant la période susmentionnée—La demanderesse soutenait qu'une erreur de rédaction a pris le pas sur l'intention et l'objet du projet de loi C-259—La Cour n'a pas relevé d'ambiguïté résultant de la disposition législative—La Cour peut seulement rendre explicite ce qui est par ailleurs implicite—En allant plus loin en ajoutant aux dispositions de la loi, la Cour risque de s'emparer du pouvoir législatif—La Cour ne pouvait pas conclure en toute confiance que si le projet de loi C-259 avait été compris convenablement et présenté à sa dernière étape, qu'il aurait effectivement été adopté pour réaliser l'objet suggéré par la demanderesse—Il n'y avait pas de correction évidente en l'espèce parce que la correction proposée nécessiterait plus que la simple correction d'une erreur de rédaction—La Loi ne peut pas être lue comme ayant supprimé la taxe d'accise sur les bijoux entre le 25 novembre 2005 et le 1^{er} mai 2006—Appel rejeté.

ZALE CANADA DIAMOND SOURCING INC. C. CANADA (REVENU NATIONAL) (T-1419-08, 2010 CF 202, juge Beaudry, jugement en date du 25 février 2010, 41 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Contrôle judiciaire de la décision (2009 TCDP 1) par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne a rejeté les trois dernières plaintes du demandeur et a conclu que le délai dans l'audition de ces plaintes a causé un préjudice important au Conseil national de recherches du Canada (CNRC) en ce qui a trait à sa capacité de présenter une défense pleine et entière au sujet des allégations formulées contre lui—Le demandeur, un chercheur d'origine indienne qui a été employé au CNRC de 1981 à 2007, soutenait avoir été victime de discrimination de la part de son employeur—Il s'agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte des antécédents considérables entre les parties et les conclusions antérieures en matière de discrimination—Le contexte ne doit pas être pris en considération pour trancher la question de savoir si le délai nuit à la capacité d'une partie de présenter une défense au sujet d'une plainte portée contre elle—Il n'est pas nécessaire d'évaluer les causes du retard lorsqu'on a établi qu'il existe un préjudice suffisamment important qui influe sur l'équité de l'audience—Dans le cadre d'une allégation d'abus de procédure, lorsque la question en litige est celle de savoir si l'instance est inéquitable au point où elle est contraire à l'intérêt de la justice, il ne fait aucun doute qu'il faut tenir compte du comportement des parties—Cependant, lorsqu'on s'attache à l'équité de l'audience, comme c'était le cas en l'espèce, il n'y a pas lieu d'aller au-delà de la capacité de la partie de présenter une défense contre les allégations formulées contre elle—La conclusion du Tribunal portant que le délai dans l'audition des plaintes a causé un préjudice important à la capacité du CNRC de présenter une défense pleine et entière était inattaquable et raisonnable à la lumière du dossier dont il disposait—Demande rejetée.

GROVER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-174-09, 2010 CF 320, juge de Montigny, jugement en date du 19 mars 2010, 28 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles a confirmé la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles, qui a révoqué la liberté conditionnelle du demandeur—Le demandeur, qui purgeait deux peines consécutives d'emprisonnement à vie, bénéficiait d'une semi-liberté—Un mandat d'arrestation et de suspension a été exécuté après qu'on a signalé que le demandeur avait menacé des membres du personnel du centre correctionnel communautaire—La Commission ne s'est pas adressée à Service correctionnel Canada (SCC) pour obtenir le registre des interventions du demandeur et n'en a donc pas tenu compte lorsqu'elle a décidé de révoquer la semi-liberté du demandeur—La Section d'appel a conclu que la Commission avait assez de renseignements pertinents au sujet du comportement du demandeur dans la collectivité pour évaluer son risque de récidive—Il s'agissait de savoir si le fait que la Commission n'avait pas obtenu et examiné le registre des interventions du demandeur enfreignait l'art. 101b) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (LSCMLC), l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], ou l'obligation générale de la Commission d'agir avec équité—Le demandeur soutenait que l'art. 101b) de la LSCMLC, l'art. 7 de la Charte et l'obligation générale de la Commission d'agir avec équité imposaient chacun à la Commission l'obligation d'obtenir activement le registre des interventions—Les expressions « toute l'information pertinente disponible » et « renseignements et évaluations fournis par les autorités correctionnelles » ne prévoient pas que la Commission a une obligation indéfinie d'obtenir activement des renseignements qui pourraient être pertinents auprès de SCC—Ces expressions signifient plutôt, s'agissant de SCC, que la Commission doit prendre en considération tous les renseignements pertinents reçus de SCC—Demande rejetée.

MILLER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-964-09, 2010 CF 317, juge Crampton, jugement en date du 18 mars 2010, 27 p.)

PÉNITENCIERS

Contrôle judiciaire d'une décision de la directrice par intérim de l'Établissement La Macaza refusant au demandeur une permission de sortir avec escorte lors d'un souper familial—Le demandeur est incarcéré suite à une condamnation pour des délits à caractère sexuels impliquant des mineurs, commis par l'entremise de l'Internet—Le refus est fondé sur l'art. 17(1a) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20—La directrice était d'avis que le demandeur représentait un risque de récidive inacceptable pour la société—Pourant, la commission d'une infraction par Internet nécessite temps et préparation—Les mesures de contraintes qui auraient pu être prises dans le cadre d'une brève sortie avec escorte

PÉNITENCIERS—Fin

auraient empêché le demandeur de préparer une telle infraction—Le raisonnement de la directrice est donc « foncièrement défectueux »—Malgré la déférence qui est due à cette décision discrétionnaire, celle-ci est déraisonnable—Demande accueillie.

GAGNÉ C. CANADA (SERVICE CORRECTIONNEL) (IMM-721-09, 2010 CF 355, juge Tremblay-Lamer, jugement en date du 1 avril 2010, 6 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Contrôle judiciaire de la détermination d'un agent de santé et de sécurité (ASS) quant à ce qui constitue une « condition normale de son emploi » en l'absence d'une enquête au titre de l'art. 129 du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2—Les membres du personnel navigant commercial qui devaient effectuer un vol ont exercé leur droit de refuser de travailler conformément à la partie II du Code—Le refus reposait sur les affirmations de l'agent de bord responsable selon lesquelles le même pilote avait déclaré durant un vol antérieur qu'il allait « plaquer » l'avion parce qu'il n'avait rien à perdre—L'agent de santé et de sécurité s'est livré à une évaluation sur place de la question, concluant que les circonstances sur lesquelles était fondé le refus constituaient une condition normale de l'emploi au sens de l'art. 128(2) du Code—Il s'agissait de savoir si l'ASS peut conclure que les circonstances entourant le refus de travailler constituent une condition normale de l'emploi à la suite d'une enquête préliminaire et si l'ASS était tenu d'effectuer « sans délai » une enquête en vertu de l'art. 129 du Code avant de tirer cette conclusion—La loi ne fait pas référence à une enquête préliminaire de l'ASS pour qu'il confirme d'abord si l'art. 128(2) du Code fait obstacle ou non au refus de travailler—Même si l'art. 141 du Code confère à l'ASS le pouvoir d'effectuer une enquête à toute heure convenable, cette disposition ne l'emporte pas sur le libellé clair de l'art. 129—Le Code n'habilite pas l'ASS à effectuer une enquête préliminaire et à prendre une décision au titre de l'art. 128(2) lorsqu'il doit se rendre au lieu de travail conformément à l'art. 128(13)—Cette interprétation met les exceptions prévues à l'art. 128(2) dans une situation précaire parce que même si l'une ou l'autre des exceptions annule manifestement le refus de travailler, le Code demeure silencieux quant à la façon et au moment où la décision visée à l'art. 128(2) peut d'abord être prise—Cependant, seul le législateur peut remédier à cette lacune—Demande accueillie.

SCFP C. AIR CANADA (T-1496-08, 2010 CF 245, juge O'Keefe, jugement en date du 3 mars 2010, 31 p.)

RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ

Contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) de surseoir à l'enquête de la plainte formulée par le demandeur contre le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), en attendant l'issue de la procédure intentée par le demandeur devant la Cour supérieure du Québec—Le demandeur allègue que des agents du SCRS auraient été impliqués dans la violation de ses droits à la suite de sa détention au Maroc pendant près de deux ans—Il a fait parvenir une plainte au CSARS comme l'y autorise l'art. 41 de la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23—Il s'agit de savoir si le CSARS avait le pouvoir de surseoir à son enquête—L'art. 39 de la Loi doit être interprété de façon large et libérale et reconnaît clairement au CSARS le soin de décider comment il entend mener ses enquêtes—Cela s'accorde parfaitement bien avec les larges pouvoirs reconnus aux tribunaux administratifs en matière procédurale—Le CSARS avait donc le pouvoir de surseoir à l'enquête de la plainte soumise par le demandeur—Il faut donc déterminer s'il a erré dans l'exercice de sa discrétion—Il est nécessaire d'examiner les motifs invoqués par le CSARS pour suspendre son enquête afin d'évaluer la raisonnable, à la lumière du mandat qui lui a été confié, des pouvoirs qui lui sont conférés et de l'objet plus général de la Loi—Le CSARS a suspendu son enquête essentiellement au souci d'éviter le dédoublement des instances—Contrairement à la Cour supérieure, le CSARS ne rend pas de décisions judiciaires, et ne peut contraindre un dédommagement—Le CSARS n'a le pouvoir que de faire des recommandations au ministre—Par conséquent, il ne peut y avoir un risque de décisions contradictoires—Le CSARS ne pouvait raisonnablement conclure à un risque de jugements contradictoires dans l'hypothèse où il ne décidait pas de surseoir à son enquête—Demande accueillie.

OMARY C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1034-09, 2010 CF 335, juge de Montigny, jugement en date du 26 mars 2010, 17 p.)