



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2007, Vol. 1, Part 2

2007, Vol. 1, 2^e fascicule

Cited as [2007] 1 F.C.R., 203-408

Renvoi [2007] 1 R.C.F., 203-408

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP
DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers
A. DAVID MORROW, Smart & Biggar
SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie
LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.
FRANÇOIS BOIVIN, B.Soc.Sc., LL.B.
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Production Coordinator
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT

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.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2007.

The following added value features in the Federal Courts Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case and digests of cases not selected for full-text publication.

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone 613-992-2899.

ARRÊTISTES

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.
FRANÇOIS BOIVIN, B.Sc.Soc., LL.B.
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation
juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT

Le Recueil des décisions des Cours fédérales est publié conformément à la Loi sur les Cours fédérales. L'arrêviste en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Bureau du commissaire à la magistrature fédérale.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

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

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêviste en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, téléphone 613-992-2899.

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 Communication Canada — Publishing, Ottawa, Canada, K1A 0S9, telephone 613-956-4800 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: Laura Vanier, Production Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, 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.gc.ca>

CONTENTS

Judgments	203-408
Digests	D-9
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Transportation Accident Investigation and Safety Board) (F.C.A.)	203

Access to Information —Appeal from Federal Court decision dismissing applications for judicial review brought under *Access to Information Act* (Access Act), s. 42(1)(a) relating to refusals by Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board (Safety Board) to disclose records based on purported application of “personal information” exemption of Access Act, s. 19—Content of records relating to status of aircraft, weather conditions, air traffic control (ATC) matters, utterances of pilots, controllers—Information requested not “personal information” under Access Act, *Privacy Act*, not exempted from disclosure under Access Act, s. 19(1)—Definition of “personal information” in *Privacy Act*, s. 3 interpreted—Words “about an individual” in definition meaning information leading to possible identification of individual—“Personal information” equivalent to information falling within individuals’ privacy rights—Distinction made by Supreme Court of Canada in *Dagg v. Canada (Minister of*

Continued on next page

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l’arrêviste 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 Communication Canada — Édition, Ottawa (Canada) K1A 0S9, téléphone 613-956-4800 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 : Laura Vanier, Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (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.gc.ca>

SOMMAIRE

Jugements	203-408
Fiches analytiques	F-11
Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Bureau d’enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports) (C.A.F.)	203

Accès à l’information—Appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant des demandes de contrôle judiciaire présentées en application de l’art. 42(1)a) de la *Loi sur l’accès à l’information* eu égard aux refus du Bureau canadien d’enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports (le BST) de communiquer des documents en alléguant l’art. 19 de la *Loi sur l’accès à l’information*, à savoir l’exception des « renseignements personnels »—Les dossiers contenaient des renseignements sur la situation de l’aéronef, les conditions météorologiques, des aspects liés au contrôle de la circulation aérienne et les propos des pilotes et des contrôleurs—Les renseignements demandés n’étaient pas des « renseignements personnels » au sens de la *Loi sur l’accès à l’information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et ils n’étaient pas soustraits à la divulgation en vertu de l’art. 19(1) de la *Loi sur l’accès à l’information* —Le sens attribué à l’expression « renseignements person-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Finance) regarding information attaching to positions, information relating to specific individuals not applicable as relating only to officers, employees of government institutions as stated in *Privacy Act*, s. 3(j)—Moreover, information collected by NAV CANADA during air flight not “commercial”, “technical”—Information not confidential—Therefore, air traffic control (ATC) communications not meeting requirements for exemption from disclosure under Access Act, s. 20(1)(b).

Privacy—Appeal from Federal Court decision dismissing applications for judicial review brought under *Access to Information Act* (Access Act), s. 42(1)(a) relating to refusals by Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board (Safety Board) to disclose records based on purported application of “personal information” exemption at Access Act, s. 19—Concept of privacy examined—Privacy defined as individual’s right to determine for self when, how, to what extent personal information about self released—Connoting intimacy, identity, dignity, integrity of individual—Information at issue not “about” individual since air traffic control (ATC) communications not involving subjects engaging individual’s right to privacy—Information professional, could identify individual, assist in determination of person’s work-related performance but not qualifying as personal—Fact ATC communications could be used as basis for evaluation of authors’ performances not transforming communications themselves into personal information.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

nels » à l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* a été interprété—Les mots « concernant un individu » dans la définition s’entendent de renseignements qui rendent possible l’identification d’un individu—Les « renseignements personnels » correspondent aux renseignements qui doivent être vus comme l’équivalent de renseignements entrant dans le droit d’une personne à la vie privée—La distinction que la Cour suprême du Canada a opérée dans *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)* quant aux renseignements portant sur le poste et les renseignements portant sur la personne était inapplicable puisqu’elle ne vise que les cadres et employés des institutions fédérales tel qu’il est indiqué à l’art. 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*—Qui plus est, les renseignements que NAV CANADA a recueillis durant un vol ne pouvaient être qualifiés de « commerciaux » ou « techniques »—Les renseignements n’étaient pas confidentiels—Par conséquent, les communications du contrôle de la circulation aérienne (ATC) ne satisfaisaient pas aux conditions de l’art. 20(1b) de la *Loi sur l’accès à l’information* et elles ne pouvaient donc pas être soustraites à la divulgation.

Protection des renseignements personnels—Appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant des demandes de contrôle judiciaire présentées en application de l’art. 42(1a) de la *Loi sur l’accès à l’information* eu égard aux refus du Bureau canadien d’enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports (le BST) de communiquer des documents en alléguant l’art. 19 de la *Loi sur l’accès à l’information*, à savoir l’exception des « renseignements personnels »—Examen de la notion de vie privée—La vie privée s’entend du droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels le concernant—Cette notion intègre celles d’intimité, d’identité, de dignité et d’intégrité de l’individu—Les renseignements en cause ne « concernent » pas un individu parce que les communications du contrôle de la circulation aérienne (ATC) ne visent pas des sujets qui font intervenir le droit de l’individu à sa vie privée—Les renseignements étaient de nature professionnelle, pouvaient faciliter l’identification d’une personne et pouvaient aider à déterminer comment cette personne s’était acquittée de sa tâche, mais n’étaient pas pour autant des renseignements personnels—Le fait que les communications ATC pouvaient être utilisées pour une évaluation des actions de leurs auteurs ne saurait transformer en soi ces communications en des renseignements personnels.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

del a Fuente v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) 387

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Appeal from Federal Court decision setting aside denial by Immigration Appeal Division (IAD) of Immigration and Refugee Board of application to sponsor spouse because of respondent’s failure to disclose marital relationship when landed in Canada—Division in Federal Court as to meaning of “at the time of that application” in *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 117(9)(d)—Interpretation in *Dave v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, i.e. period referred to in Regulations, s. 117(9)(d) beginning with submission of application for visa, continuing through time when permanent resident status granted at port of entry preferred—Therefore, husband excluded from family class under Regulations, s. 117(9)(d) given respondent’s misrepresentation at time of application—Appeal allowed.

Administrative Law—Judicial Review—Grounds of Review—Doctrine of legitimate expectation—Appeal from Federal Court decision setting aside denial by Immigration Appeal Division (IAD) of Immigration and Refugee Board of application to sponsor spouse—Sponsorship application approved notwithstanding respondent’s failure to disclose marital relationship when landed in Canada—*Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) coming into force before husband applying for permanent residence at Canadian embassy—Visa officer rejecting visa application because husband excluded under Immigration and *Refugee Protection Regulations*, s. 117(9)(d) as undeclared spouse—IAD upholding visa officer’s decision—On judicial review applications Judge certifying question as to whether doctrine of legitimate expectations can be relied to void IRPA, s. 190—Doctrine of legitimate expectations procedural doctrine that cannot create substantive rights, counter Parliament’s expressed intent that if application pending when IRPA coming into force, IRPA applying without condition.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

del a Fuente c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.F.) 387

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Appel d’une décision de la Cour fédérale, qui a annulé une décision de la Section d’appel de l’immigration (la SAI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, laquelle avait refusé à l’intimée la possibilité de parrainer son mari parce qu’elle n’avait pas révélé leur lien matrimonial lorsqu’elle a obtenu le droit d’établissement au Canada—L’interprétation des mots « à l’époque où cette demande a été faite » dans l’art. 117(9)d du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* a donné lieu à des avis partagés au sein de la Cour fédérale—L’interprétation proposée dans l’affaire *Dave c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, c’est-à-dire que la période dont il est question à l’art. 117(9)d du Règlement débute avec la présentation de la demande de visa et se poursuit jusqu’à la date à laquelle l’intéressé obtient le statut de résident permanent au point d’entrée, devait l’emporter—Par conséquent, le mari était exclu de la catégorie du regroupement familial, en application de l’art. 117(9)d du Règlement, en raison de la fausse déclaration que l’intimée a faite lorsqu’elle a présenté sa demande—Appel accueilli.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Motifs—Doctrine de l’attente légitime—Appel d’une décision de la Cour fédérale, qui a annulé une décision de la Section d’appel de l’immigration (la SAI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, laquelle avait refusé à l’intimée la possibilité de parrainer son mari—La demande de parrainage a été approuvée même si l’intimée n’avait pas déclaré son mariage lorsqu’elle a obtenu le droit d’établissement au Canada—La *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) est entrée en vigueur avant que son mari présente sa demande de résidence permanente à l’ambassade du Canada—L’agent des visas a rejeté la demande de visa parce que le mari était exclu, en application de l’art. 117(9)d du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, parce qu’il était un conjoint qui n’avait pas été déclaré—La SAI a confirmé la décision de l’agent des visas—Dans le cadre du contrôle judiciaire, le juge de première instance a certifié la question de savoir si la doctrine de l’attente légitime peut servir à écarter l’application de l’art. 190 de la LIPR—La doctrine de l’attente légitime est un principe procédural qui ne produit pas de droits formels et ne peut pas servir à contredire l’intention clairement exprimée du législateur selon laquelle la LIPR s’applique sans condition si une demande a été présentée et qu’aucune décision n’a été prise à la date d’entrée en vigueur de la LIPR.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Construction of Statutes—*Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 117(9)(d) construed so as to achieve intended result: deter foreign nationals from concealing family relationships to facilitate own entry—English, French texts of s. 117(9)(d) compared to determine meaning of “time of that application”—Phrase construed as meaning life of application from time when filed to time when permanent resident status granted—Construction achieving IRPA’s intended effect, promoting family unification within IRPA’s scheme.

Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 321

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Security Certificate—Release from detention—Factors to be considered, types of conditions to be imposed—Application pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 84(2) for release from detention of foreign national (Harkat) detained under security certificate—Previous application for release dismissed, but because substantial change in circumstances since then (unexplained delay), Court permitted to deal with new application—Ministers producing no cogent evidence Harkat will be removed from Canada within a reasonable time—Although Harkat threat to national security, that threat neutralized, contained through imposition of strict conditions—Application allowed.

Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) 370

Practice—Judgments and Orders—Stay of Execution—Motion for stay of judgment releasing respondent from detention pending appeal thereof, and for order expediting appeal—Respondent foreign national inadmissible to Canada as result of security certificate issued against him—Tripartite test re: stays applied—Balance of convenience favouring respondent—No evidence supporting valid concern respondent’s release pending hearing of appeal threat to national security, danger to safety of any person—Motion for stay dismissed, motion for expedited appeal granted.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Interprétation des lois—L’art. 117(9)d) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* a été interprété de façon à contribuer au résultat souhaité, qui est de dissuader les étrangers de dissimuler leurs liens familiaux dans le dessein de faciliter leur propre admission—Le libellé des versions anglaise et française de l’art. 117(9)d) a été comparé afin d’établir le sens à donner aux mots « à l’époque où cette demande a été faite »—Les mots ont été interprétés comme étant la durée de la demande, depuis la date à laquelle elle a été amorcée jusqu’à la date à laquelle le statut de résident permanent est accordé—Cette interprétation permet d’obtenir l’effet souhaité de la LIPR, soit d’encourager le regroupement familial selon le mécanisme prévu à cette fin par la LIPR.

Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) 321

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Certificat de sécurité—Mise en liberté—Facteurs dont il faut tenir compte relativement aux conditions à imposer—Demande de mise en liberté d’un étranger (M. Harkat) détenu aux termes d’un certificat de sécurité présentée en application de l’art. 84(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—La demande de mise en liberté antérieure avait été rejetée, mais la Cour pouvait instruire la nouvelle demande parce qu’il y avait eu depuis la demande précédente un changement important de situation (délai inexpliqué)—Les ministres n’ont déposé aucune preuve forte du renvoi imminent de M. Harkat du Canada—Bien que M. Harkat constitue une menace pour la sécurité nationale, l’imposition de conditions strictes neutralise ou contrecarre cette menace—Demande accueillie.

Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.F.) 370

Pratique—Jugements et ordonnances—Sursis d’exécution—Requête visant à obtenir une ordonnance sursoyant à l’exécution d’une décision mettant l’intimé en liberté en attendant qu’il soit statué sur l’appel de cette décision, et une ordonnance prévoyant l’instruction accélérée de cet appel—L’intimé, un étranger, est interdit de territoire au Canada en raison d’un certificat de sécurité délivré à son encontre—Le critère en trois volets relatif aux sursis a été appliqué—La prépondérance des inconvénients favorisait l’intimé—Il n’y avait aucune preuve à l’appui d’une préoccupation légitime selon laquelle la mise en liberté de l’intimé en attendant l’audition de l’appel représentait une menace pour la sécurité nationale ou un danger pour la sécurité d’autrui—Requête visant à obtenir un sursis rejetée, requête visant à obtenir une

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Security Certificate—Release from detention—Respondent, foreign national inadmissible to Canada as result of security certificate issued against him, released from detention while awaiting removal—Appellants seeking stay of judgment releasing respondent pending appeal of that judgment—Granting of stay tantamount to establishing statutory stay pending appeal of all release orders—Immigration and *Refugee Protection Act* not providing for such a stay.

JP Morgan Chase Bank v. Lanner (The) (F.C.) . . . 289

Maritime Law—Liens and Mortgages—Appeal from Prothonotary's decision that, with respect to distribution of proceeds of judicial sale of Liberian ship *Lanner*, claims of five creditors (claimants) who had supplied necessaries not outranking plaintiff's mortgage on ship—Plaintiffs' foreign loan agreement, registered mortgage valid under Canadian, Liberian laws—Foreign maritime lien may be recognized, enforced by Federal Court once proven—Under Canadian law, suppliers of necessaries only having statutory right *in rem* (statutory lien), not maritime lien—Maritime lien privilege against property (ship) which attaches, gains priority without any court action, deed or registration—Creating bundle of rights, passes with ship when ship changing owner—Under American law, American supplier of necessaries benefiting from maritime lien even if services provided in foreign port—Such lien would outrank plaintiffs' mortgage under Canadian law—All but two claimants not establishing having maritime lien under American law—As to issue of creditors' priorities, not a case where judicial discretion should be exercised in favour of claimants.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ordonnance prévoyant l'instruction accélérée de l'appel accueillie.

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Certificat de sécurité—Mise en liberté—L'intimé, un étranger interdit de territoire au Canada en raison d'un certificat de sécurité délivré à son encontre, a été mis en liberté en attendant son renvoi—Les appelants demandaient une ordonnance sursoyant à l'exécution de la décision mettant l'intimé en liberté en attendant qu'il soit statué sur l'appel de cette décision—L'octroi d'un sursis aurait équivalu à établir un sursis légal pendant l'appel de toute ordonnance de mise en liberté—La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ne prévoit pas un tel sursis.

JP Morgan Chase Bank c. Lanner (Le) (C.F.) 289

Droit maritime—Privilèges et hypothèques—Appel à l'encontre de la décision d'un protonotaire portant que les réclamations de cinq créancières (les réclamantes) qui avaient fourni des approvisionnements nécessaires ne prenaient pas rang avant l'hypothèque de la demanderesse grevant le navire relativement à la distribution du produit tiré de la vente judiciaire du navire libérien *Lanner*—La convention de prêt étrangère et l'hypothèque enregistrée des demandereses étaient valides en vertu du droit canadien et du droit libérien—Le privilège maritime acquis en vertu du droit étranger peut être reconnu et peut être exécuté par la Cour fédérale si la preuve en est faite—En vertu du droit canadien, les fournisseurs d'approvisionnements nécessaires ne jouissent pas d'un privilège maritime; ils ne détiennent qu'un droit réel prévu par la loi—Le privilège maritime est un privilège qui greève un navire, qui y est rattaché et qui a priorité sans qu'une mesure judiciaire, la constitution d'un acte ou un enregistrement ne soient nécessaires—Le privilège maritime constitue un ensemble de droits et est transféré avec le navire lorsque celui-ci change de propriétaire—En vertu du droit américain, le fournisseur d'approvisionnements nécessaires américain jouit d'un privilège maritime même si les services ont été fournis dans un port étranger—En droit canadien, un tel privilège prendrait rang avant l'hypothèque des demandereses—Seules deux réclamantes ont établi qu'elles sont titulaires d'un privilège maritime en vertu du droit américain—Pour ce qui est des rangs de priorité des créanciers, il ne s'agissait pas d'un cas où un pouvoir judiciaire discrétionnaire devait être exercé en faveur des réclamantes.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Conflict of Laws—Appeal from Prothonotary’s decision that, with respect to distribution of proceeds of judicial sale of Liberian ship *Lanner*, claims of five creditors (claimants) who had supplied necessities not outranking plaintiff’s mortgage on ship—Claimants contending contracted with owner of ship *Lanner*, contracts specifying American law governing transactions—Evidence of foreign law to prove validity of foreign documents (plaintiffs’ mortgage) may be required depending on circumstances, evidence put forward—If evidence on foreign law absent, assumed to be same as Canadian law (*lex fori*)—Canadian rules of conflict of laws governing to determine proper law to apply to determine existence of maritime lien—While Prothonotary’s approach (rule that law having closest, most substantial connection to transaction, i.e. supply of necessities, applicable) preferred, *Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheve (The)* binding—Rule of conflict of law applicable to determine proper law of maritime lien that used to determine proper law of contract—Except for two suppliers, other claimants’ evidence insufficient to support contention American law governing transactions, having American maritime lien.

Stoney Band v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) (F.C.) 241

Practice—Stay of Proceedings—*Federal Courts Act*, s. 50.1 motion to stay plaintiffs’ action as result of Federal Court of Appeal decision Federal Court lacking jurisdiction over defendant’s third-party proceedings—S. 50.1 requiring Court to issue stay as third-party proceedings beyond its jurisdiction, Crown proving *bona fide* desire to institute proceedings in provincial court—Not for Court to determine whether third-party proceedings proper—Motion granted.

Constitutional Law—Distribution of Powers—*Federal Courts Act*, s. 50.1, requiring stay of proceedings if Court not having

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Conflit de lois—Appel à l’encontre de la décision d’un protonotaire portant que les réclamations de cinq créancières (les réclamantes) qui avaient fourni des approvisionnements nécessaires ne prenaient pas rang avant l’hypothèque de la demanderesse grevant le navire relativement à la distribution du produit tiré de la vente judiciaire du navire libérien *Lanner*—Les réclamantes affirmaient avoir conclu un marché avec le propriétaire du navire *Lanner* et que leurs contrats précisaient que le droit applicable à ces transactions commerciales était le droit américain—Une preuve du droit étranger peut être exigée pour prouver la validité des documents étrangers (l’hypothèque des demanderesse) selon la situation et les éléments de preuve présentés—En l’absence de preuve quant au droit étranger, celui-ci est présumé être semblable au droit canadien (*lex fori*)—La Cour devait se servir des règles canadiennes de droit international privé pour déterminer quel droit appliquer pour décider si un privilège maritime existait—Bien que l’approche adoptée par le protonotaire était préférable (soit que la règle selon laquelle le droit qui a le lien le plus étroit et le plus important avec la transaction, c.-à-d. la fourniture d’approvisionnement nécessaires, s’appliquait), la Cour était liée par la décision rendue dans *Richardson International, Ltd. c. Mys Chikhacheve (Le)*—La règle de conflit applicable pour déterminer le droit applicable à un privilège maritime est celle qui s’applique pour déterminer le droit applicable au contrat—Exception faite de deux fournisseurs, les réclamantes n’ont pas déposé de preuve qui étayait leur argument selon lequel le droit américain s’appliquait aux transactions et qu’elles étaient titulaires d’un privilège maritime en vertu du droit américain.

Bande indienne de Stoney c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord) (C.F.) 241

Pratique—Suspension d’instance—Requête en vue d’obtenir la suspension de l’action des demandeurs en application de l’art. 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* en raison de la décision de la Cour d’appel fédérale comme quoi la Cour fédérale n’avait pas compétence sur la procédure de mise en cause intentée par la défenderesse—L’art. 50.1 obligeait la Cour à ordonner la suspension parce que la procédure de mise en cause outrepassait sa compétence et la Couronne avait prouvé qu’elle avait véritablement l’intention d’engager une procédure devant un tribunal provincial—Il ne revenait pas à la Cour de se prononcer sur le bien-fondé de la procédure de mise en cause—Requête accueillie.

Droit constitutionnel—Partage des pouvoirs—L’art. 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* dispose que la Cour ordonne la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

jurisdiction over Crown's third-party proceedings, procedural in nature, not intruding into provincial head of power—S. 50.1 also not violating principles of separation of powers, judicial independence, judicial impartiality —Access to justice not denied as hearing available to plaintiffs, albeit not in court of their choice.

Construction of Statutes—*Federal Courts Act*, s. 50.1 providing action to be stayed in any cause against Crown where Crown desiring to institute third-party proceedings in respect of which Court lacking jurisdiction—Interpretation of “Crown desires”—Legislative context reviewed—On Act, s. 50.1 motion, Court not having to examine propriety of Crown's desire to institute third-party proceedings.

SOMMAIRE (Fin)

suspension des procédures si elle n'a pas compétence sur la procédure de mise en cause de la Couronne; l'art. 50.1 est de nature procédurale et il n'empiète pas sur une compétence provinciale—En outre, l'art. 50.1 n'est pas contraire aux principes de la séparation des pouvoirs ainsi que de l'indépendance et de l'impartialité de l'appareil judiciaire—Il n'y a pas eu déni d'accès à la justice puisque les demandeurs pouvait obtenir une audition judiciaire, bien qu'elle n'ait pas eu lieu devant le tribunal de leur choix.

Interprétation des lois—L'art. 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* dispose que la Cour fédérale ordonne la suspension des procédures relatives à toute réclamation contre la Couronne à l'égard de laquelle cette dernière entend procéder à une mise en cause pour laquelle la Cour n'a pas compétence —Interprétation des mots « la Couronne [. . .] entend »— Examen du contexte législatif—La Cour n'avait pas, dans le cadre d'une requête présentée en vertu de l'art. 50.1 de la Loi, à se prononcer sur le bien-fondé de l'intention de la Couronne d'engager une procédure de mise en cause.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Canada Post Corp. v. United States Postal Service, [2006] 3 F.C.R. 28 (F.C.), has been affirmed on appeal (A-633-05, 2007 FCA 10), reasons for judgment handed down 9/1/07.

Canadian Private Copying Collective v. Cano Tech Inc., [2006] 3 F.C.R. 581 (F.C.), has been affirmed on appeal (A-56-06, 2007 FCA 14), reasons for judgment handed down 10/1/07.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Deacon v. Canada (Attorney General), A-580-05, 2006 FCA 265, Linden J.A., judgment dated 26/7/06, will be published in the *Federal Courts Reports*, leave to appeal to S.C.C. refused 11/1/07.

Design Services Ltd. v. Canada, A-414-05, 2006 FCA 260, Sexton J.A., judgment dated 21/7/06, leave to appeal to S.C.C. granted 25/1/07.

Hammill v. Canada, A-507-04, 2005 FCA 252, Noël J.A., judgment dated 7/7/05, leave to appeal to S.C.C. refused 18/1/07.

Johnson & Johnson Inc. v. Arterial Vascular Engineering Canada, Inc., A-666-04, A-667-04, 2006 FCA 195, Sharlow J.A., judgment dated 23/5/06, will be published in the *Federal Courts Reports*, leave to appeal to S.C.C. refused 18/1/07.

Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health), A-75-06, 2006 FCA 214, Malone J.A., judgment dated 9/6/06, will be published in the *Federal Courts Reports*,

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Société canadienne de perception de la copie privée c. Cano Tech Inc.*, [2006] 3 R.C.F. 581 (C.F.), a été confirmée en appel (A-56-06, 2007 CAF 14), les motifs du jugement ayant été prononcés le 10-1-07.

La décision *Société canadienne des postes c. United States Postal Service*, [2006] 3 R.C.F. 28 (C.F.), a été confirmée en appel (A-633-05, 2007 CAF 10), les motifs du jugement ayant été prononcés le 9-1-07.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Deacon c. Canada (Procureur général), A-580-05, 2006 CAF 265, le juge Linden, J.C.A., jugement en date du 26-7-06, sera publié dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 11-1-07.

Design Services Ltd. c. Canada, A-414-05, 2006 CAF 260, le juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 21-7-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 25-1-07.

Hammill c. Canada, A-507-04, 2005 CAF 252, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 7-7-05, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 18-1-07.

Johnson & Johnson Inc. c. Arterial Vascular Engineering Canada, Inc., A-666-04, A-667-04, 2006 CAF 195, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 23-5-06, sera publié dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 18-1-07.

Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé), A-75-06, 2006 CAF 214, le juge Malone, J.C.A., jugement en date du 9-6-06, sera publié dans le *Recueil*

leave to appeal to S.C.C. refused 1/2/06.

620 Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General), A-400-05, 2006 FCA 252, Evans J.A., judgment dated 6/7/06, will be published in the *Federal Courts Reports*, leave to appeal to S.C.C. granted 1/2/06.

des décisions des Cours fédérales, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 1-2-06.

620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général), A-400-05, 2006 CAF 252, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 6-7-06, sera publié dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 1-2-06.

ISSN 1714-3713 (print/imprimé)
ISSN 1714-373X (online/en ligne)

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2007, Vol. 1, Part 2

2007, Vol. 1, 2^e fascicule

A-165-05
A-304-05
2006 FCA 157

A-165-05
A-304-05
2006 CAF 157

The Information Commissioner of Canada
(*Appellant*)

v.

**The Executive Director of the Canadian
Transportation Accident Investigation and Safety
Board and NAV CANADA** (*Respondents*)

and

The Attorney General of Canada (*Intervener*)

*INDEXED AS: CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) v.
CANADA (TRANSPORTATION ACCIDENT INVESTIGATION AND
SAFETY BOARD) (F.C.A.)*

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Desjardins and
Evans J.J.A.—Ottawa, February 28; March 1; May 1,
2006.

*Access to Information — Appeal from Federal Court
decision dismissing applications for judicial review brought
under Access to Information Act (Access Act), s. 42(1)(a)
relating to refusals by Canadian Transportation Accident
Investigation and Safety Board (Safety Board) to disclose
records based on purported application of “personal
information” exemption of Access Act, s. 19 — Content of
records relating to status of aircraft, weather conditions, air
traffic control (ATC) matters, utterances of pilots, controllers
— Information requested not “personal information” under
Access Act, Privacy Act, not exempted from disclosure under
Access Act, s. 19(1) — Definition of “personal information”
in Privacy Act, s. 3 interpreted — Words “about an
individual” in definition meaning information leading to
possible identification of individual — “Personal
information” equivalent to information falling within
individuals’ privacy rights — Distinction made by Supreme
Court of Canada in Dagg v. Canada (Minister of Finance)
regarding information attaching to positions, information
relating to specific individuals not applicable as relating only
to officers, employees of government institutions as stated in
Privacy Act, s. 3(j) — Moreover, information collected by
NAV CANADA during air flight not “commercial”,
“technical” — Information not confidential — Therefore, air
traffic control (ATC) communications not meeting
requirements for exemption from disclosure under Access Act,
s. 20(1)(b).*

Le commissaire à l’information du Canada
(*appelant*)

c.

**Le directeur exécutif du Bureau canadien d’enquête
sur les accidents de transport et de la sécurité des
transports et NAV CANADA** (*intimés*)

et

Le procureur général du Canada (*intervenant*)

*RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSAIRE À L’INFORMATION) c.
CANADA (BUREAU D’ENQUÊTE SUR LES ACCIDENTS DE
TRANSPORT ET DE LA SÉCURITÉ DES TRANSPORTS) (C.A.F.)*

Cour d’appel fédérale, juge en chef Richard, juges
Desjardins et Evans, J.C.A.—Ottawa, 28 février; 1^{er}
mars; 1^{er} mai 2006.

*Accès à l’information — Appel d’une décision de la Cour
fédérale rejetant des demandes de contrôle judiciaire
présentées en application de l’art. 42(1)a) de la Loi sur
l’accès à l’information eu égard aux refus du Bureau
canadien d’enquête sur les accidents de transport et de la
sécurité des transports (le BST) de communiquer des
documents en alléguant l’art. 19 de la Loi sur l’accès à
l’information, à savoir l’exception des « renseignements
personnels » — Les dossiers contenaient des renseignements
sur la situation de l’aéronef, les conditions météorologiques,
des aspects liés au contrôle de la circulation aérienne et les
propos des pilotes et des contrôleurs — Les renseignements
demandés n’étaient pas des « renseignements personnels » au
sens de la Loi sur l’accès à l’information et de la Loi sur la
protection des renseignements personnels et ils n’étaient pas
soustraits à la divulgation en vertu de l’art. 19(1) de la Loi
sur l’accès à l’information — Le sens attribué à l’expression
« renseignements personnels » à l’art. 3 de la Loi sur la
protection des renseignements personnels a été interprété —
Les mots « concernant un individu » dans la définition
s’entendent de renseignements qui rendent possible
l’identification d’un individu — Les « renseignements
personnels » correspondent aux renseignements qui doivent
être vus comme l’équivalent de renseignements entrant dans
le droit d’une personne à la vie privée — La distinction que
la Cour suprême du Canada a opérée dans Dagg c. Canada
(Ministre des Finances) quant aux renseignements portant sur
le poste et les renseignements portant sur la personne était*

inapplicable puisqu'elle ne vise que les cadres et employés des institutions fédérales tel qu'il est indiqué à l'art. 3j) de la Loi sur la protection des renseignements personnels — Qui plus est, les renseignements que NAV CANADA a recueillis durant un vol ne pouvaient être qualifiés de « commerciaux » ou « techniques » — Les renseignements n'étaient pas confidentiels — Par conséquent, les communications du contrôle de la circulation aérienne (ATC) ne satisfaisaient pas aux conditions de l'art. 20(1)b) de la Loi sur l'accès à l'information et elles ne pouvaient donc pas être soustraites à la divulgation.

Privacy — Appeal from Federal Court decision dismissing applications for judicial review brought under Access to Information Act (Access Act), s. 42(1)(a) relating to refusals by Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board (Safety Board) to disclose records based on purported application of "personal information" exemption at Access Act, s. 19 — Concept of privacy examined — Privacy defined as individual's right to determine for self when, how, to what extent personal information about self released — Connoting intimacy, identity, dignity, integrity of individual — Information at issue not "about" individual since air traffic control (ATC) communications not involving subjects engaging individual's right to privacy — Information professional, could identify individual, assist in determination of person's work-related performance but not qualifying as personal — Fact ATC communications could be used as basis for evaluation of authors' performances not transforming communications themselves into personal information.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing applications for judicial review brought by the appellant under paragraph 42(1)(a) of the *Access to Information Act* (Access Act), relating to refusals by the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board (Safety Board) to disclose records based on the purported application of the "personal information" exemption at section 19 of the Act. The records contain communications relating to four aviation occurrences, which were subject to distinct investigations and public reports by the Safety Board. In each case, the requesters sought access to recordings and/or transcripts of air traffic control (ATC) communications recorded by NAV CANADA and now under the control of the Safety Board.

Protection des renseignements personnels — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant des demandes de contrôle judiciaire présentées en application de l'art. 42(1)a) de la Loi sur l'accès à l'information eu égard aux refus du Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports (le BST) de communiquer des documents en alléguant l'art. 19 de la Loi sur l'accès à l'information, à savoir l'exception des « renseignements personnels » — Examen de la notion de vie privée — La vie privée s'entend du droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels le concernant — Cette notion intègre celles d'intimité, d'identité, de dignité et d'intégrité de l'individu — Les renseignements en cause ne « concernent » pas un individu parce que les communications du contrôle de la circulation aérienne (ATC) ne visent pas des sujets qui font intervenir le droit de l'individu à sa vie privée — Les renseignements étaient de nature professionnelle, pouvaient faciliter l'identification d'une personne et pouvaient aider à déterminer comment cette personne s'était acquittée de sa tâche, mais n'étaient pas pour autant des renseignements personnels — Le fait que les communications ATC pouvaient être utilisées pour une évaluation des actions de leurs auteurs ne saurait transformer en soi ces communications en des renseignements personnels.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant des demandes de contrôle judiciaire que l'appelant avait présentées en application de l'alinéa 42(1)a) de la *Loi sur l'accès à l'information* relativement à des refus du Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports (le BST) de communiquer des documents en alléguant l'article 19 de la Loi, à savoir l'exception des « renseignements personnels ». Les dossiers contenaient des renseignements se rapportant à quatre accidents aéronautiques qui avaient été l'objet d'enquêtes distinctes et de rapports publics distincts de la part du BST. Dans chaque cas, les demandeurs des renseignements avaient voulu obtenir communication des enregistrements ou des transcriptions, ou des deux, des communications du contrôle de la circulation aérienne (ATC) faits par NAV CANADA et aujourd'hui en la possession du BST.

The content of ATC communications is limited to the safety and navigation of aircraft, the general operation of the aircraft and the exchange of messages on behalf of the public. They contain information about the status of the aircraft, weather conditions, matters associated with air traffic control and the utterances of pilots and controllers. All incoming and outgoing ATC communications are required to be recorded by NAV CANADA. Where there is an “aviation occurrence” (defined in part as any accident or incident associated with the operation of an aircraft) the relevant tape is set aside to preserve its integrity. The Safety Board concluded that the information in ATC communications was personal information but was publicly available within the meaning of subsection 19(2) of the Access Act and the public interest in disclosure did not clearly outweigh any invasion of privacy. The Federal Court concluded that the requested information was “personal information” within the meaning of section 19 of the Access Act and section 3 of the *Privacy Act*. It found that the ATC communications were “about” an individual and that the content of the communications was limited to the safety and navigation of aircraft, the general operation of the aircraft and the exchange of messages on behalf of the public. Both the ground crew of air traffic controllers and flight specialists and the air crew were involved. The Federal Court also found that the information was about an “identifiable” individual since listening to the ATC tapes would allow identification of the aircraft, the location and operating initials of the specific controller and that the individual had a reasonable expectation of privacy. Furthermore, it held that, except for the communications regarding the occurrences at Clarenville, which were already publicly available, the information should not be disclosed since it was not “publicly available” under subsection 19(2) of the Access Act. The key issue was whether ATC communications are “personal information” under the Access Act.

Held, the appeal should be allowed.

The Federal Court erred in concluding that the information requested was “personal information” under the Access Act and the *Privacy Act*. Subsection 19(1) of the Access Act exempts from disclosure “personal information” as defined in section 3 of the *Privacy Act*. The term is defined as “information about an identifiable individual that is recorded in any form, including” the examples enumerated thereafter provided. The words “including, without restricting the

Le contenu des communications ATC se limite à la sécurité et à la navigation de l'aéronef, aux activités de l'appareil et à l'échange de messages pour le compte du public. Elles contiennent des renseignements relatifs à la situation de l'aéronef, aux conditions météorologiques, à diverses questions intéressant le contrôle de la circulation aérienne et aux propos échangés par les pilotes et les contrôleurs. Toutes les communications ATC d'entrée et de sortie doivent être enregistrées par NAV CANADA. Lorsque se produit un « accident aéronautique » (défini en partie comme étant tout accident ou incident lié à l'utilisation d'un aéronef), la bande concernée est mise de côté pour que son intégrité soit préservée. Le BST avait statué que les renseignements contenus dans les communications ATC étaient des renseignements personnels, mais que le public y avait accès au sens du paragraphe 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*, et l'intérêt public dans la divulgation des renseignements ne justifiait pas clairement une atteinte à la vie privée. La Cour fédérale a statué que les renseignements demandés étaient des « renseignements personnels » au sens de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information* et de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Elle a précisé que les communications ATC étaient des renseignements « concern[a]nt » un individu et que le contenu des communications était limité à la sécurité et à la navigation d'un aéronef, aux activités de l'appareil et à l'échange de messages pour le compte du public. Tant le personnel au sol, composé de contrôleurs de la circulation aérienne et de spécialistes de l'information de vol, et le personnel navigant étaient concernés. La Cour fédérale a également statué que les renseignements concernaient un individu « identifiable » puisque l'écoute des bandes ATC allait permettre d'identifier l'aéronef, ainsi que le lieu de travail et le sigle professionnel du contrôleur concerné et que celui-ci avait une expectative raisonnable de confidentialité. Par ailleurs, la Cour fédérale a conclu que les renseignements étaient soustraits à la communication parce que le public « n'[y] avait pas accès » en vertu du paragraphe 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*, sauf pour les renseignements relatifs aux accidents survenus à Clarenville, qui avaient déjà été rendus publics. Le point essentiel soulevé était de savoir si les communications ATC étaient des « renseignements personnels » au sens de la *Loi sur l'accès à l'information*.

Jugement : l'appel est accueilli.

La Cour fédérale a commis une erreur en disant que les renseignements demandés étaient des « renseignements personnels » au sens de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* soustrait à la divulgation les « renseignements personnels », expression définie à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. L'expression s'entend des

generality of the foregoing” in the section 3 definition convey the proposition that the opening words must be given a generous interpretation and that the enumeration which follows is not limitative but illustrative only. The definition also provides exceptions to the concept of “personal information”. The Supreme Court of Canada has often stated that the *Privacy Act* and the Access Act must be read together as a “seamless code” following a “parallel” interpretative model” that balances the competing values of access and privacy. However, within this balanced legislative scheme, the right to privacy is made paramount in certain contexts. Case law has given the definition of “personal information” a wide reach. Focussing on the general opening words of the definition, in particular the word “about” (“*concernant*” in French) information recorded in any form is relevant if it is “about” an individual and if it permits or leads to the possible identification of the individual. An “identifiable” individual is someone whom it is reasonable to expect can be identified from the information in issue when combined with information from sources otherwise available. “Personal information” must however be understood as equivalent to information falling within the individuals’ right of privacy (*Privacy Act*, section 2). A privacy-based interpretation of the “personal information” definition does not definitively resolve the precise scope of “personal information” but captures the essence thereof and was sufficient to dispose of the appeal.

Privacy may be defined as an individual’s right to determine for himself when, how and to what extent he will release personal information about himself. Privacy thus connotes concepts of intimacy, identity, dignity and integrity of the individual. The information at issue was not “about” an individual since the content of the communications did not involve subjects that engaged an individual’s right to privacy. The information at issue was of a professional and non-personal nature. It could lead to identifying an individual and assist in determining how an individual performed his or her task in a given situation but did not qualify as personal information. It was not about an individual, considering that it did not match the concept of “privacy” and the values that concept was meant to protect. The Federal Court misapprehended the function of the ATC communications and the Safety Board’s object. The ATC communications, when combined with other information, may in certain circumstances be used as a basis for an evaluation of their

« renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment » les exemples prévus par la suite. Le mot « notamment » que l’on trouve dans la définition exposée à l’article 3 donne à penser que les mots introductifs doivent être interprétés d’une manière libérale et que l’énumération qui suit n’est pas limitative, mais seulement exemplative. L’article renferme aussi une liste d’exceptions à la définition de « renseignements personnels ». La Cour suprême du Canada a souvent affirmé que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la *Loi sur l’accès à l’information* doivent être lues ensemble comme s’il s’agissait d’un « code homogène », suivant un « modèle d’interprétation “parallèle” » qui met en équilibre les valeurs antagonistes de l’accès à l’information et de la protection de la vie privée. Toutefois, à l’intérieur de cette législation pondérée, le droit à la vie privée bénéficie d’une préférence dans certains contextes. La jurisprudence a donné une vaste portée à l’expression « renseignements personnels ». Pour ce qui est des mots introductifs de la définition, notamment le mot « concernant » (« *about* » en anglais), les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, sont pertinents s’il s’agit de renseignements « concernant » un individu et s’ils permettent d’identifier l’individu ou rendent possible son identification. Un individu « identifiable » est une personne dont il est raisonnable de croire qu’elle pourra être identifiée à l’aide des renseignements en cause s’ils sont combinés avec des renseignements d’autres sources. Les « renseignements personnels » doivent cependant être vus comme l’équivalent des renseignements entrant dans le droit d’une personne à la vie privée (article 2 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*). Une interprétation de l’expression « renseignements personnels » fondée sur la notion de vie privée n’établissait pas de façon définitive le champ précis de l’expression « renseignements personnels », mais en saisissait l’essence et suffisait à trancher l’appel.

Le droit à la vie privée peut s’entendre du droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels le concernant. La notion de vie privée intègre donc celles d’intimité, d’identité, de dignité et d’intégrité de l’individu. Les renseignements en cause n’étaient pas des renseignements « concernant » un individu puisque le contenu des communications ne portait pas sur des sujets qui faisaient intervenir le droit de l’individu à sa vie privée. Les renseignements en cause étaient de nature professionnelle et non personnelle. Ils auraient pu faciliter l’identification d’une personne et aider à déterminer comment cette personne s’était acquittée de sa tâche dans une situation donnée, mais ils n’étaient pas des renseignements personnels. Il ne s’agissait pas de renseignements concernant un individu, vu qu’ils n’étaient pas en corrélation avec la notion de « vie privée » ni avec les valeurs que cette notion vise à protéger. La Cour fédérale n’a pas bien saisi la fonction des communications

authors' performances but that possibility could not transform the communications themselves into personal information, when the information contained therein had no personal content.

The Federal Court also erred by applying the Supreme Court of Canada case of *Dagg v. Canada (Minister of Finance)* when it referred to the evaluation of the performance of the parties to the ATC communications. In *Dagg*, the majority agreed with La Forest J.'s dissenting comment that the purpose of paragraph 3(j) and subparagraph 3(j)(iii) of the *Privacy Act* is to exempt only information attaching to positions and not that which relates to specific individuals. Information relating to the position is not "personal information" whereas information relating primarily to individuals themselves or to the manner in which they choose to perform the tasks assigned to them is "personal information." The latter part of La Forest J.'s explanation related only to officers and employees of government institutions, in other words, the exception contained in paragraph 3(j) of the *Privacy Act*. The distinction between information relating to the position versus that relating to the person is inapplicable and irrelevant in respect of the general definition of "personal information." NAV CANADA's employees are not officers or employees of a government institution.

NAV CANADA's alternative submission that the ATC communications were exempted from disclosure under paragraph 20(1)(b) of the Access Act was not accepted. Paragraph 20(1)(b) of the Access Act provides that, if specific requirements are met, certain types of information (i.e. financial, commercial, scientific or technical) are exempted from disclosure by the head of a government institution. "Commercial" connotes information which in itself pertains to trade. Provision of air navigation services for a fee does not render the data or information collected during an air flight "commercial" or "technical". It is also incorrect to characterize the entire record collected as technical when only a specific part might be. Moreover, the information in question was not confidential as required by paragraph 20(1)(b). Confidentiality must be judged according to the objective standard that the information itself must be "confidential by its intrinsic nature." Whether information is confidential will depend upon its content, purpose and the circumstances in which it is compiled and communicated. The

ATC et la mission du BST. Les communications ATC, une fois combinées à d'autres renseignements, pourraient bien dans certains cas être utilisées pour une évaluation des actions de leurs auteurs, mais cette éventualité ne saurait transformer ces communications en des renseignements personnels, alors que les renseignements qu'elles contenaient n'avaient pas de contenu personnel.

La Cour fédérale a aussi appliqué erronément l'affaire *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, qui a été tranchée par la Cour suprême du Canada, quand elle s'est référée au comportement ou à l'action des personnes ayant pris part aux communications ATC. Dans *Dagg*, la majorité avait souscrit à l'observation du juge La Forest, dissident, selon laquelle l'alinéa 3j) et le sous-alinéa 3j)(iii) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* avaient pour objet d'exempter seulement les renseignements relatifs aux postes et non ceux concernant telle ou telle personne. Les renseignements relatifs au poste ne sont donc pas des « renseignements personnels » alors que les renseignements qui concernent principalement des personnes elles-mêmes ou la manière dont elles choisissent d'accomplir les tâches qui leur sont confiées sont des « renseignements personnels ». La dernière partie de l'observation du juge La Forest ne visait que les cadres et employés des institutions fédérales, c'est-à-dire l'exception contenue dans l'alinéa 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. La distinction entre renseignements portant sur le poste et renseignements portant sur la personne était inapplicable, voire hors de propos, quant à la définition générale de « renseignements personnels ». Les employés de NAV CANADA ne sont pas des cadres ou des employés d'une institution fédérale.

La prétention subsidiaire de NAV CANADA selon laquelle les communications ATC étaient exemptées de la divulgation en vertu de l'alinéa 20(1)(b) de la *Loi sur l'accès à l'information* a été rejetée. Cet alinéa précise que le responsable d'une institution fédérale peut refuser de communiquer certains types de renseignements (c.-à-d. financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques) si certaines exigences précises sont remplies. Le mot « commercial », appliqué à un renseignement, intéresse en soi le commerce. La prestation, contre rémunération, de services de navigation aérienne ne fait pas en sorte que les renseignements recueillis durant un vol peuvent être qualifiés de « commerciaux » ou « techniques ». Il est inexact aussi de prétendre que l'enregistrement tout entier constitue des renseignements techniques quand seule une partie de cet enregistrement peut ainsi être qualifiée. En outre, les renseignements en cause n'étaient pas confidentiels comme l'exige l'alinéa 20(1)(b). La question de la confidentialité doit être tranchée objectivement : les renseignements mêmes

burden of persuasion with respect to the confidential nature of the information clearly rests on the responding party who must provide “actual direct evidence” of the confidential nature of the information at issue. The evidence provided by NAV CANADA that the ATC communications were confidential within the meaning of paragraph 20(1)(b) was plainly insufficient.

doivent être « intrinsèquement confidentiels ». La question de savoir si un renseignement est de nature confidentielle dépend de son contenu, de son objet et des circonstances entourant sa préparation et sa communication. Il incombait manifestement aux parties intimées de persuader la Cour du caractère confidentiel des renseignements et elles devaient apporter une « preuve directe » de la nature confidentielle des renseignements en cause. NAV CANADA ne s’était tout simplement pas acquittée de son obligation de produire une preuve démontrant que les communications ATC étaient confidentielles au sens de l’alinéa 20(1)(b).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 4 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 1(F); 2001, c. 27, s. 202), 19, 20(1), 24, 25, 41, 42(1)(a), Sch. II (as am. by S.C. 1989, c. 3, s. 38).
- Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32, Part II.
- Canadian Aviation Regulations*, SOR/96-433, Part VIII, Subpart 2.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 2(b).
- Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, S.C. 1989, c. 3, ss. 2 “aviation occurrence”, 7 (as am. by S.C. 1998, c. 20, s. 5), 28 (as am. *idem*, s. 17), 29(1)(a), (6) (as am. *idem*, s. 18).
- Civil Air Navigation Services Commercialization Act*, S.C. 1996, c. 20, ss. 2 (as am. *idem*, s. 108(a); 2003, c. 22, ss. 150(E), 225(q)(E)), 9.
- Convention on International Civil Aviation*, December 7, 1944, [1944] Can. T.S. No. 36.
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 2, 3 “personal information” (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 47(F)), 8(2)(a),(b),(m)(i).
- Radiocommunication Act*, R.S.C., 1985, c. R-2, ss. 1 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2), 9(2) (as am. *idem*, s. 6; 1993, c. 40, s. 24).
- Radiocommunication Regulations*, SOR/96-484, s. 6.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

- Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; (1997), 148 D.L.R. (4th) 385; 46 Admin. L.R. (2d) 155; 213 N.R. 161.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b).
- Convention relative à l’aviation civile internationale*, 7 décembre 1944, [1944] R.T. Can. n° 36.
- Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 4 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. 1(F); 2001, ch. 27, art. 202), 19, 20(1), 24, 25, 41, 42(1)a), ann. II (mod. par L.C. 1989, ch. 3, art. 38).
- Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile*, L.C. 1996, ch. 20, art. 2 (mod., *idem*, art. 108a); 2003, ch. 22, art. 150(A), 225q)(A)), 9.
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 2, 3 « renseignements personnels » (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, art. 47(F)), 8(2)a),b),m)(i).
- Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2, art. 1 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2), 9(2) (mod., *idem*, art. 6; 1993, ch. 40, art. 24).
- Loi sur le Bureau canadien d’enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, L.C. 1989, ch. 3, art. 2 « accident aéronautique », 7 (mod. par L.C. 1998, ch. 20, art. 5), 28 (mod., *idem*, art. 17), 29(1)a), (6) (mod., *idem*, art. 18).
- Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, ch. C-32, partie II.
- Règlement de l’aviation canadien*, DORS/96-433, partie VIII, sous-partie 2.
- Règlement sur la radiocommunication*, DORS/96-484, art. 6.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

- Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403.

CONSIDERED:

H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General), [2006] 1 S.C.R. 441; (2006), 266 D.L.R. (4th) 675; 48 C.P.R. (4th) 161; 347 N.R. 1; 2006 SCC 13; *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; (1988), 73 Nfld. & P.E.I.R. 13; 55 D.L.R. (4th) 503; 229 A.P.R. 13; 45 C.C.C. (3d) 244; 66 C.R. (3d) 348; 38 C.R.R. 301; 10 M.V.R. (2d) 1; 89 N.R. 249; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; (1990), 71 O.R. (2d) 575; 65 D.L.R. (4th) 240; 53 C.C.C. (3d) 1; 74 C.R. (3d) 281; 45 C.R.R. 278; 103 N.R. 86; 37 O.A.C. 322; *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245; 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.); *Canada (Information Commissioner) v. Atlantic Canada Opportunities Agency* (1999), 250 N.R. 314 (F.C.A.); *Wyeth-Ayerst Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 6 Admin. L.R. (4th) 73; 305 N.R. 317; 2003 FCA 257.

REFERRED TO:

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Transportation Accident Investigation and Safety Board), [2006] 1 F.C.R. 605; (2005), 40 C.P.R. (4th) 158; 271 F.T.R. 7; 2005 FC 384; *Sabourin Estate v. Watterodt Estate* (2005), 213 B.C.A.C. 301; 44 B.C.L.R. (4th) 244; 34 C.C.L.T. (3d) 193; 2005 BCCA 348; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66; (2003), 224 D.L.R. (4th) 1; 47 Admin. L.R. (3d) 1; 24 C.P.R. (4th) 129; 301 N.R. 41; 2003 SCC 8; *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2001), 39 Admin. L.R. (3d) 112; 16 C.P.R. (4th) 460; 154 O.A.C. 97 (Ont. Div. Ct.); *affd sub nom. Ontario (Attorney General) v. Pascoe* (2002), 22 C.P.R. (4th) 447; 166 O.A.C. 88 (Ont. C.A.); *Société Gamma Inc. v. Canada (Secretary of State)* (1994), 27 Admin. L.R. (2d) 102; 17 B.L.R. (2d) 13; 56 C.P.R. (3d) 58; 79 F.T.R. 42 (F.C.T.D.); *Cyanamid Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1992), 41 C.P.R. (3d) 512; 52 F.T.R. 22 (F.C.T.D.); *affd* (1992), 9 Admin. L.R. (2d) 161; 45 C.P.R. (3d) 390; 148 N.R. 147 (F.C.A.); *Merck Frosst Canada & Co. v. Canada (Minister of Health)*, [2006] 1 F.C.R. 379; (2005), 47 C.P.R. (4th) 401; 343 N.R. 221; 2005 FCA 215; *Canada (Minister of Public Works and Government Services) v. Hi-Rise Group Inc.* (2004), 238 D.L.R. (4th) 44; 30 C.P.R. (4th) 417; 318 N.R. 242; 2004 FCA 99; *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480; (1989), 23 C.P.R. (3d) 297; 24 F.T.R. 62 (T.D.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Cie H.J. Heinz Co. du Canada ltée c. Canada (Procureur général), [2006] 1 R.C.S. 441; 2006 CSC 13; *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. n° 453 (1^{re} inst.) (QL); *Canada (Commissaire à l'information) c. Agence de promotion économique du Canada atlantique*, [1999] A.C.F. n° 1723 (C.A.) (QL); *Wyeth-Ayerst Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 257.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Bureau d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports), [2006] 1 R.C.F. 605; 2005 CF 384; *Sabourin Estate v. Watterodt Estate* (2005), 213 B.C.A.C. 301; 44 B.C.L.R. (4th) 244; 34 C.C.L.T. (3d) 193; 2005 BCCA 348; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66; 2003 CSC 8; *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2001), 39 Admin. L.R. (3d) 112; 16 C.P.R. (4th) 460; 154 O.A.C. 97 (C. Div. Ont.); *conf. par sub nom. Ontario (Attorney General) v. Pascoe* (2002), 22 C.P.R. (4th) 447; 166 O.A.C. 88 (C.A. Ont.); *Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétariat d'État)*, [1994] A.C.F. n° 589 (1^{re} inst.) (QL); *Cyanamid Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1992] A.C.F. n° 144 (1^{re} inst.) (QL); *conf. par* [1992] A.C.F. n° 950 (C.A.) (QL); *Merck Frosst Canada & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2006] 1 R.C.F. 379; 2005 CAF 215; *Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux) c. Hi-Rise Group Inc.*, 2004 CAF 99; *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480 (1^{re} inst.).

AUTHORS CITED

- Canada. Report of the Task Force established jointly by the Department of Communications/Department of Justice. *Privacy and Computers*. Ottawa: Information Canada, 1972.
- Cohen, Stanley A. *Privacy, Crime and Terror: Legal Rights and Security in a Time of Peril*. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005.
- Concise Oxford Dictionary of Current English*, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, "about".
- Fried, Charles. "Privacy" (1968), 77 *Yale L.J.* 475.
- International Civil Aviation Organization. *Annex 13 to the Convention on International Civil Aviation: Aircraft Accident and Incident Investigation*, 9th ed. Montréal: ICAO, 2001.
- McNairn, Colin H. H. and C. D. Woodbury. *Government Information: Access and Privacy*. Toronto: Carswell, 1992.
- Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Le Robert, 1996, "concernant".
- Petit Larousse illustré*. Paris: Larousse, 2000, "concernant".
- Warren, Samuel D. and Louis D. Brandeis. "The Right to Privacy", [1890-91] 4 *Harv. L. Rev.* 193.
- Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.

APPEAL from a Federal Court decision ([2006] 1 F.C.R. 605; (2005), 40 C.P.R. (4th) 158; 271 F.T.R. 7; 2005 FC 384) dismissing applications for judicial review brought under paragraph 42(1)(a) of the *Access to Information Act* relating to refusals by the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board to disclose records requested under the Act. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Daniel Brunet, Raynold Langlois, Q.C., Marlys A. Edwardh and François LeBel for appellant.

Barbara A. McIsaac, Q.C. and Gregorios S. Tzemenakis for respondent Executive Director of the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board.

Brian A. Crane, Q.C. and Graham S. Ragan for respondent NAV CANADA.

Christopher M. Rupar for intervener.

DOCTRINE CITÉE

- Canada. Rapport du groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. *L'ordinateur et la vie privée*. Ottawa : Information Canada, 1972.
- Cohen, Stanley A. *Privacy, Crime and Terror : Legal Rights and Security in a Time of Peril*. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005.
- Concise Oxford Dictionary of Current English*, 8th ed. Oxford : Clarendon Press, 1990, « about ».
- Fried, Charles. « Privacy » (1968), 77 *Yale L.J.* 475.
- McNairn, Colin H. H. and C. D. Woodbury. *Government Information : Access and Privacy*. Toronto : Carswell, 1992.
- Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Le Robert, 1996, « concernant ».
- Organisation de l'aviation civile internationale. *Annexe 13 à la Convention relative à l'aviation civile internationale : enquêtes sur les accidents et incidents d'aviation*, 9^e éd. Montréal : OACI, 2001.
- Petit Larousse illustré*. Paris : Larousse, 2000, « concernant ».
- Warren, Samuel D. and Louis D. Brandeis. « The Right to Privacy », [1890-91] 4 *Harv. L. Rev.* 193.
- Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York : Atheneum, 1970.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale ([2006] 1 R.C.F. 605; 2005 CF 384) rejetant des demandes de contrôle judiciaire présentées en application de l'alinéa 42(1)a) de la *Loi sur l'accès à l'information* eu égard aux refus du Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports de communiquer des documents demandés en vertu de la Loi. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Daniel Brunet, Raynold Langlois, c.r., Marlys A. Edwardh et François LeBel pour l'appellant.

Barbara A. McIsaac, c.r. et Gregorios S. Tzemenakis pour l'intimé le directeur exécutif du Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports.

Brian A. Crane, c.r. et Graham S. Ragan pour l'intimée NAV CANADA.

Christopher M. Rupar pour l'intervenant.

SOLICITORS OF RECORD:

Office of the Information Commissioner of Canada
for appellant.

McCarthy Tétrault LLP, Ottawa, for respondent
Executive Director of the Canadian Transportation
Accident Investigation and Safety Board.

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for
respondent NAV CANADA.

Deputy Attorney General of Canada for intervener.

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

[1] DESJARDINS J.A.: This is an appeal of a decision of an application Judge of the Federal Court dismissing four applications for judicial review brought by the Information Commissioner of Canada (the Commissioner) pursuant to paragraph 42(1)(a) of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Access Act). The applications for judicial review relate to four refusals by the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board (the Safety Board) to disclose records requested under this Act, in their entirety, based on the purported application of section 19 of the Access Act, namely the "personal information" exemption.

[2] The records at issue contain communications relating to four air occurrences which were subject to distinct investigations and public reports by the Safety Board. In each case, the requesters (three journalists and a legal representative of the estate of the deceased involved in one of the air accidents) seek access to recordings and/or transcripts of air traffic control communications (ATC communications) recorded by NAV CANADA and now under the control of the Safety Board.

[3] A description of the occurrences, the requests for information and the relevant decisions of the Safety Board can be found in the reported decision of the

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Commissariat à l'information du Canada pour
l'appelant.

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa,
pour l'intimé le directeur exécutif du Bureau
canadien d'enquête sur les accidents de transport et
de la sécurité des transports.

Gowling Lafleur Henderson s.r.l., Ottawa, pour
l'intimée NAV CANADA.

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

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

[1] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Le commissaire à l'information du Canada (le commissaire) fait appel de la décision d'une juge de la Cour fédérale de rejeter quatre demandes de contrôle judiciaire qu'il avait présentées en application de l'alinéa 42(1)a) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1. Les demandes de contrôle judiciaire faisaient suite à quatre décisions du Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports (le BST) de refuser la communication d'une partie quelconque des documents demandés en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, en alléguant l'article 19 de cette Loi, à savoir l'exception des « renseignements personnels ».

[2] Les dossiers en cause contiennent des renseignements se rapportant à quatre accidents aéronautiques qui avaient été l'objet d'enquêtes distinctes et de rapports publics distincts de la part du BST. Dans chaque cas, les demandeurs des renseignements (trois journalistes et le représentant légal de la succession de la personne décédée impliquée dans l'un des accidents) voudraient obtenir communication des enregistrements et/ou des transcriptions des communications du contrôle de la circulation aérienne (les communications ATC) faits par NAV CANADA et aujourd'hui en la possession du BST.

[3] La description des accidents, les demandes de communication des renseignements et les décisions pertinentes du BST se trouvent dans le jugement publié

application Judge (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Transportation Accident Investigation and Safety Board)*), [2006] 1 F.C.R. 605, Snider J.).

The decision below

[4] The application Judge concluded that the requested information was “personal information” within the meaning of section 19 of the Access Act and section 3 of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.

[5] Firstly, it was her view that the ATC communications were “about” an individual. She found that the content of the communications was limited to the safety and navigation of aircraft, the general operation of the aircraft, and the exchange of messages on behalf of the public. They contained information about the status of the aircraft, weather conditions, matters associated with air traffic control and utterances of the pilots and controllers, except for a few lines in one of the communications which contained direct reference to names and other information which the Commissioner acknowledged was personal. She agreed with the Commissioner that the recordings were largely technical (paragraph 20). Viewed in context, however, she said they were much more.

[6] Two different types of individuals were involved: the ground crew of air traffic controllers and flight specialists, and the air crew. To establish the nature of the communications, she looked at the purpose for which the ATC communications were made and used. She noted that a provision in Annex 10, Volume II of the *Convention on International Civil Aviation* signed at Chicago, Illinois, on December 7, 1944, [1944] Can. T.S. No. 36 (the ICAO Convention), mandated the logging of ATC communications. These standards were incorporated into Part VIII, Subpart 2 of the *Canadian Aviation Regulations*, SOR/1996-433. However, when an occurrence happened (a defined term to be examined later), NAV CANADA was under a duty to notify the

de la juge de première instance (*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Bureau d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports)*), [2006] 1 R.C.F. 605, juge Snider).

Le jugement de première instance

[4] La juge de première instance est arrivée à la conclusion que les renseignements demandés étaient des « renseignements personnels » au sens de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information* et au sens de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.

[5] D'abord, elle a exprimé l'avis que les communications ATC étaient des renseignements « concern[a]nt » un individu. Selon elle, le contenu des communications ATC était limité à la sécurité et à la navigation d'un aéronef, aux activités de l'appareil et à l'échange de messages pour le compte du public. Les communications ATC contenaient des renseignements sur la situation de l'aéronef, sur les conditions météorologiques, sur des aspects liés au contrôle de la circulation aérienne et sur les propos des pilotes et des contrôleurs, à l'exception de quelques lignes, dans l'une des communications, qui contenaient des mentions de noms et d'autres renseignements qui, de l'aveu du commissaire, étaient personnels. Elle a estimé, comme le commissaire, que les enregistrements étaient de nature surtout technique (paragraphe 20). Elle a dit toutefois que, considérés dans leur contexte, ils ne se limitaient pas à cela.

[6] Deux groupes de personnes étaient concernés : le personnel au sol, composé de contrôleurs de la circulation aérienne et de spécialistes de l'information de vol, et le personnel navigant. Pour établir la nature des communications ATC, la juge de première instance a considéré l'objet pour lequel ces communications étaient établies et utilisées. Elle a relevé qu'une disposition de l'annexe 10, volume II, de la *Convention relative à l'aviation civile internationale*, signée à Chicago, Illinois, le 7 décembre 1944, [1944] R.T. Can. n° 36 (la Convention de l'OACI), rendait obligatoire la consignation des communications ATC. Ces normes étaient intégrées dans la partie VIII, sous-partie 2, du *Règlement de l'aviation canadien*, DORS/96-433.

Safety Board. The Safety Board could then carry on an investigation as it is empowered to do under section 7 [as am. by S.C. 1998, c. 20, s. 5] of the *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, S.C. 1989, c. 3 (the Safety Board Act). The tapes were then handed to the investigators. The Safety Board, in her view, had the responsibility of examining how those individuals involved in the occurrence chose to perform the task assigned to them (paragraph 25 of her reasons).

[7] The application Judge quoted, at paragraph 14 of her reasons, the following sentence from paragraph 94 of La Forest J.'s reasons in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403 (*Dagg*):

... information relating primarily to individuals themselves or to the manner in which they choose to perform the tasks assigned to them is "personal information". [Emphasis added by application Judge.]

[8] She wrote at paragraphs 25 and 26 of her reasons:

In doing its job, the TSB must examine how individuals involved with the occurrence did their jobs. What caused the accident? Were there safety deficiencies? More pointedly, did the actions of the controllers or the pilots involved contribute to the occurrence? One significant way of evaluating the individual performances of the personnel is through the ATC communications. The ATC communications are used to assess the manner in which the air traffic controllers and the aircraft personnel chose to perform the tasks assigned to them. A simple way of looking at this information is that the sole purpose for the existence of the ATC communications is to carry out an evaluation of the performance of the parties to those communications in the event that something goes wrong.

For these reasons, I conclude that the ATC communications are "about" the individuals involved. [My emphasis.]

[9] She further held that the information was about an "identifiable" individual (paragraph 31 of her reasons)

Cependant, lorsque survenait un accident (mot défini qui sera examiné plus loin), NAV CANADA avait l'obligation d'en informer le BST. Le BST pouvait alors effectuer une enquête, comme il est autorisé à le faire en vertu de l'article 7 [mod. par L.C. 1998, ch. 20, art. 5] de la *Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, L.C. 1989, ch. 3 (la Loi sur le BST). Les bandes étaient alors remises aux enquêteurs. Selon la juge de première instance, il incombait au BST de voir comment les personnes en cause avaient décidé d'accomplir les tâches qui leur incombait (paragraphe 25 de ses motifs).

[7] La juge de première instance a reproduit, au paragraphe 14 de ses motifs, la phrase suivante qui apparaît au paragraphe 94 des motifs du juge La Forest, dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403 (*Dagg*) :

[. . .] les renseignements qui concernent principalement des personnes elles-mêmes ou la manière dont elles choisissent d'accomplir les tâches qui leur sont confiées sont des « renseignements personnels ». [Souligné par la juge de première instance.]

[8] Elle écrivait ce qui suit, aux paragraphes 25 et 26 de ses motifs :

Dans le cadre de la mission qui lui est confiée, le BST doit se pencher sur la manière dont les individus en cause ont accompli les tâches qui leur incombent. Quelle est la cause de l'accident? Y a-t-il eu des manquements à la sécurité? Plus précisément, les actions des contrôleurs ou des pilotes en cause ont-elles contribué à l'accident? Les communications ATC sont un des moyens importants d'évaluer le comportement individuel des personnes concernées. Les communications ATC servent à évaluer la manière dont les contrôleurs de la circulation aérienne et le personnel navigant ont choisi d'accomplir les tâches qui leur sont confiées. Très simplement, on peut dire que l'unique raison d'être des communications ATC est de permettre, justement, d'évaluer, en cas d'incident, le comportement ou l'action des personnes ayant pris part à ces communications.

Pour ces motifs, je conclus que ces communications « concernent » les individus en cause. [Non souligné dans l'original.]

[9] Elle a également jugé que les renseignements concernaient un individu « identifiable » (paragraphe 31

since listening to the ATC tapes would allow identification of the aircraft, the location and operating initials of the specific controller. Moreover, the voices of the individuals involved could be heard and identified. She found that those individuals had a reasonable expectation of privacy considering that the consistent policy of NAV CANADA had been to keep ATC communications confidential, that the collective agreements governing the relationship between the unions and NAV CANADA contained a clause prohibiting use of the tapes beyond what is required by law, and that both the ICAO Convention and international practices favoured the non-disclosure of information of this nature.

[10] She then proceeded, as she was required, to an analysis under subsection 19(2) of the Access Act. She determined that the information should not be disclosed because it was not “publicly available”, except for the occurrences at Clarendville where the communications had already been made publicly available. She considered paragraphs 8(2)(a) and (b) of the *Privacy Act* and found that those provisions were not applicable to the cases before her. She concluded that the Safety Board had properly exercised its discretion under subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*. As a result, she was satisfied that she did not need to address subsection 20(1), nor section 25 of the Access Act, nor whether subsection 9(2) [as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 6; 1993, c. 40, s. 24] of the *Radiocommunication Act*, R.S.C., 1985, c. R-2 [s. 1 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2), infringed paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter).

[11] It is my view that the application Judge erred in coming to the conclusion that the information requested was “personal information” under the Access Act and the *Privacy Act*. I consequently do not need to determine the other issues raised in this appeal, except for

de ses motifs) puisque l’écoute des bandes ATC allait permettre d’identifier l’aéronef, ainsi que le lieu de travail et le sigle professionnel du contrôleur concerné. Par ailleurs, les voix des personnes concernées pouvaient être entendues et reconnues. Elle a jugé que ces personnes avaient une expectative raisonnable de confidentialité étant donné que NAV CANADA avait toujours eu pour principe de préserver la confidentialité des communications ATC, que les conventions collectives régissant la relation entre les syndicats et NAV CANADA renfermaient une clause interdisant l’utilisation des bandes au-delà de ce que requiert la loi, et que tant la Convention de l’OACI que les pratiques internationales militaient en faveur de la non-communication des renseignements de cette nature.

[10] Elle a alors entrepris, comme elle devait le faire, une analyse quant à l’applicabilité du paragraphe 19(2) de la *Loi sur l’accès à l’information*. Elle a conclu que les renseignements étaient soustraits à la communication parce que le public « n’[y avait] pas accès », sauf pour les accidents survenus à Clarendville, dont les communications ATC avaient déjà été rendues publiques. Elle a considéré les alinéas 8(2)a) et b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et estimé que ces dispositions ne s’appliquaient pas aux affaires dont elle était saisie. Selon elle, le BST avait valablement exercé le pouvoir discrétionnaire que lui conférait le sous-alinéa 8(2)m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Elle a donc estimé qu’elle n’avait pas à considérer le paragraphe 20(1), ni l’article 25, de la *Loi sur l’accès à l’information*, ni à se demander si le paragraphe 9(2) [mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 6; 1993, ch. 40, art. 24] de la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2 [art. 1 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2)], contrevenait à l’alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte).

[11] Je suis d’avis que le juge de première instance a commis une erreur en disant que les renseignements demandés étaient des « renseignements personnels » au sens de la *Loi sur l’accès à l’information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Il ne

subsection 20(1) of the Access Act.

Defining ATC communications—The object of the Safety Board

[12] Prior to November 1, 1996, civil air navigation services were delivered by Transport Canada. On that date, pursuant to section 9 of the *Civil Air Navigation Services Commercialization Act*, S.C. 1996, c. 20, and to an earlier transfer agreement signed between the Government of Canada and NAV CANADA, NAV CANADA was given exclusive responsibility over the delivery of those services within Canadian airspace and within other airspace in respect of which Canada has responsibility for the provision of such services. NAV CANADA, a private corporation incorporated on May 26, 1995 under Part II of the *Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32, was given the right to charge for those services.

[13] The responding parties emphasized the important role of Canada's international obligations in structuring the policies concerning disclosure of ATC communications. The Court's attention was drawn in particular to Annex 13 [*Aircraft Accident and Incident Investigation*], article 5.12 of the ICAO Convention, which provides that, in conducting an accident investigation, a state shall protect from disclosure "all communications between persons having been involved in the operation of the aircraft" and shall not make such records available for purposes other than accident investigation "unless the appropriate authority for the administration of justice in that State determines that their disclosure outweighs the adverse domestic and international impact such action may have on that or any future investigation". Contrary to the suggestion of the responding parties, however, I am not persuaded that the disclosure of ATC communications, in appropriate circumstances following a request under the Access Act, is necessarily inconsistent with Canada's international obligations. A request under the Access Act is overseen by "the appropriate authority for the administration of justice", and the considerations mandated by article 5.12 can be accommodated within

m'est donc pas nécessaire de décider les autres points soulevés dans le présent appel, si ce n'est le paragraphe 20(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*.

Définition des communications ATC—La mission du BST

[12] Avant le 1^{er} novembre 1996, les services de navigation aérienne civile étaient assurés par Transports Canada. À cette date, conformément à l'article 9 de la *Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile*, L.C. 1996, ch. 20, et à un accord antérieur de transfert conclu entre le gouvernement du Canada et NAV CANADA, NAV CANADA fut investie du mandat exclusif de fournir ces services à l'intérieur de l'espace aérien du Canada et à l'intérieur des autres espaces aériens à l'égard desquels il incombe au Canada de fournir de tels services. NAV CANADA, société privée constituée le 26 mai 1995 en vertu de la partie II de la *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, ch. C-32, a été autorisée à facturer les services en question.

[13] Les parties intimées ont souligné l'importance des obligations internationales du Canada dans la structuration des politiques se rapportant à la divulgation des communications ATC. L'attention de la Cour a été appelée en particulier sur l'annexe 13 [*Enquêtes sur les accidents et incidents d'aviation*], article 5.12, de la Convention de l'OACI, qui prévoit que, dans une enquête relative à un accident, un État doit soustraire à la divulgation « toutes les communications entre personnes qui ont participé à l'exploitation de l'aéronef » et doit s'abstenir de communiquer ces documents à des fins autres que l'enquête sur l'accident, « à moins que l'autorité chargée de l'administration de la justice dans ledit État ne détermine que leur divulgation importe plus que les incidences négatives que cette mesure risque d'avoir, au niveau national et international, sur l'enquête ou sur toute enquête ultérieure ». Toutefois, contrairement à ce que prétendent les parties intimées, je ne suis pas persuadée que la divulgation de communications ATC, dans les circonstances qui le justifient, et à la suite d'une demande présentée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, est nécessairement incompatible avec les obligations internationales du Canada. Une demande

the process created by this domestic statutory regime.

[14] ATC communications are regulated by section 2 [as am. by S.C. 1996, c. 20, s. 108(a); 2003, c. 22, ss. 150(E), 225(q)(E)] of the *Civil Air Navigation Services Commercialization Act* and section 6 of the *Radiocommunication Regulations*, SOR/96-484. Their content is limited to the safety and navigation of aircraft, the general operation of the aircraft and the exchange of messages on behalf of the public. The messages are transmitted over frequencies reserved specifically for aeronautical services. Users of these frequencies are statutorily required not to identify themselves using their names (paragraph 18 of the application Judge's reasons).

[15] ATC communications may be air-to-ground, ground-to-air and ground-to-ground communications, that is, from the air control tower to the air crew in flight or on the ground, or to vehicles on the ground. Controllers also communicate by means of interphone communication with other control towers and vehicles on the runway (*Sabourin Estate v. Watterodt Estate* (2005), 213 B.C.A.C. 301 (C.A.)). The purpose of communications between air traffic controllers or flight specialists and the crew of any aircraft is to ensure the safe and efficient departure, flight and landing of those aircraft and surrounding aircraft (affidavit of Kathleen Fox, A.B., Vol. 4, page 834, paragraph 28).

[16] As stated earlier, all incoming and outgoing ATC communications are required to be recorded by NAV CANADA. They are retained for a period of 30 days. Where there is an "aviation occurrence", the relevant tape is set aside to preserve its integrity. The tape is taken out of service, placed in a container and stored in a secure location where it cannot be tampered with.

présentée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* est passée en revue par « l'autorité chargée de l'administration de la justice », et les facteurs dont parle l'article 5.12 peuvent être pris en compte dans le mécanisme établi par cette législation interne.

[14] Les communications ATC sont régies par l'article 2 [mod. par L.C. 1996, ch. 20, art. 108a); 2003, ch. 22, art. 150(A), 225q)(A)] de la *Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile* et par l'article 6 du *Règlement sur la radiocommunication*, DORS/96-484. Leur contenu se limite à la sécurité et à la navigation de l'aéronef, aux activités de l'appareil et à l'échange de messages pour le compte du public. Les messages sont transmis sur des fréquences réservées expressément au service aéronautique. Les utilisateurs de ces fréquences ont l'obligation légale de ne pas s'identifier nommément (paragraphe 18 des motifs du jugement de première instance).

[15] Les communications ATC peuvent être des communications air-sol, sol-air ou sol-sol, c'est-à-dire depuis la tour de contrôle vers le personnel navigant en vol ou au sol, ou vers des véhicules au sol. Les contrôleurs communiquent aussi, au moyen d'interphones, avec d'autres tours de contrôle et d'autres véhicules se trouvant sur la piste (*Sabourin Estate v. Watterodt Estate* (2005), 213 B.C.A.C. 301 (C.A.)). L'objet des communications entre les contrôleurs de la circulation aérienne ou les spécialistes de l'information de vol et l'équipage d'un aéronef est d'assurer la sécurité et l'efficacité du décollage, du vol et de l'atterrissage de l'aéronef et des aéronefs environnants (affidavit de Kathleen Fox, D.A., volume 4, page 834, paragraphe 28).

[16] Comme je l'ai dit plus haut, toutes les communications ATC d'entrée et de sortie doivent être enregistrées par NAV CANADA. Elles sont conservées pendant une période de 30 jours. Lorsque se produit un « accident aéronautique », la bande concernée est mise de côté pour que son intégrité soit préservée. La bande est mise hors service, placée dans un contenant et entreposée dans un endroit sûr où elle ne peut être altérée.

[17] The term “aviation occurrence” is defined thus in section 2 of the Safety Board Act:

2. In this Act,

...

“aviation occurrence” means

(a) any accident or incident associated with the operation of an aircraft, and

(b) any situation or condition that the Board has reasonable grounds to believe could, if left unattended, induce an accident or incident described in paragraph (a);

[18] The object of the Safety Board is described in subsection 7(1) of the Safety Board Act. An important restriction is contained in subsection 7(2). Both provisions read:

7. (1) The object of the Board is to advance transportation safety by

(a) conducting independent investigations, including, when necessary, public inquiries, into selected transportation occurrences in order to make findings as to their causes and contributing factors;

(b) identifying safety deficiencies as evidenced by transportation occurrences;

(c) making recommendations designed to eliminate or reduce any such safety deficiencies; and

(d) reporting publicly on its investigations and on the findings in relation thereto.

(2) In making its findings as to the causes and contributing factors of a transportation occurrence, it is not the function of the Board to assign fault or determine civil or criminal liability, but the Board shall not refrain from fully reporting on the causes and contributing factors merely because fault or liability might be inferred from the Board's findings.

[19] The Safety Board explains (paragraph 25 of its memorandum of fact and law) that the purpose of the investigation of civil aviation occurrences is to understand what caused the occurrence and to identify factors which can be mitigated in order to avoid further occurrences. The purpose is not to assign blame or further criminal, civil or disciplinary proceedings.

[17] L'expression « accident aéronautique » est définie ainsi, à l'article 2 de la Loi sur le BST :

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

« accident aéronautique » Tout accident ou incident lié à l'utilisation d'un aéronef. Y est assimilée toute situation dont le Bureau a des motifs raisonnables de croire qu'elle pourrait, à défaut de mesure corrective, provoquer un tel accident ou incident.

[18] La mission du BST est décrite au paragraphe 7(1) de la Loi sur le BST. Le paragraphe 7(2) fait état d'une importante restriction. Les deux dispositions sont ainsi formulées :

7. (1) Le Bureau a pour mission de promouvoir la sécurité des transports :

a) en procédant à des enquêtes indépendantes, y compris des enquêtes publiques au besoin, sur les accidents de transport choisis, afin d'en dégager les causes et les facteurs;

b) en constatant les manquements à la sécurité mis en évidence par de tels accidents;

c) en faisant des recommandations sur les moyens d'éliminer ou de réduire ces manquements;

d) en publiant des rapports rendant compte de ses enquêtes et présentant les conclusions qu'il en tire.

(2) Dans ses conclusions, le Bureau n'est pas habilité à attribuer ni à déterminer les responsabilités civiles ou pénales; ses conclusions doivent toutefois être complètes, quelles que soient les inférences qu'on puisse en tirer à cet égard.

[19] Le BST explique (au paragraphe 25 de son exposé des faits et du droit) que l'objet de l'enquête sur un accident aéronautique civil est d'élucider les causes possibles de l'accident et de repérer les éléments susceptibles d'être rectifiés, et d'éviter d'autres accidents. L'objet de l'enquête n'est pas d'attribuer les responsabilités, qu'elles soient pénales, civiles ou disciplinaires.

[20] Communication records, including ATC communications, enjoy a degree of privilege under the Safety Board Act. Paragraph 29(1)(a) of the Safety Board Act defines a communication record to include:

29. (1) In this section, “communication record” means the whole or any part of any record, recording, copy, transcript or substantial summary of

(a) any type of communications respecting air traffic control or related matters that take place between any of the following persons, namely, air traffic controllers, aircraft crew members, airport vehicle operators, flight service station specialists and persons who relay messages respecting air traffic control or related matters,

[21] Subsection 29(6) [as am. by S.C. 1998, c. 20, s. 18] of the Safety Board Act specifically provides that a communication record which has been obtained by the Board pursuant to its legislative mandate is not to be used against any person referred to in subsection (1) (i.e. air traffic controllers, aircraft crew members, airport vehicle operators, flight service station specialists and persons who relay messages respecting air traffic control or related matters) in any legal proceedings or, subject to any applicable collective agreement, in any disciplinary proceedings. Subsection 29(6) reads:

29. (1) . . .

(6) A communication record obtained under this Act shall not be used against any person referred to in subsection (1) in any legal proceedings or, subject to any applicable collective agreement, in any disciplinary proceedings.

[22] A much stricter provision protects the “on-board recordings” from the flight deck of an aircraft, a term defined in subsection 28(1) [as am. *idem*, s. 17] of the Safety Board Act. Subsection 28(1) of the Safety Board Act and section 24 of the Access Act specifically provide for mandatory exemption with respect to such recordings and transcripts.

[20] Les enregistrements contrôle, y compris les communications ATC, bénéficient d’un certain niveau de confidentialité en vertu de la Loi sur le BST. L’alinéa 29(1)a) de la Loi sur le BST définit ainsi un enregistrement contrôle :

29. (1) Au présent article, « enregistrement contrôle » s’entend de tout ou partie de l’enregistrement, de la transcription ou d’un résumé appréciable de toute communication :

a) relative au contrôle de la circulation aérienne ou aux questions connexes, entre les contrôleurs de la circulation aérienne, les équipages d’aéronefs, les conducteurs de véhicules d’aéroport, les spécialistes de l’information de vol ou les personnes qui relaient les renseignements relatifs au contrôle de la circulation aérienne ou aux questions connexes;

[21] Le paragraphe 29(6) [mod. par L.C. 1998, ch. 20, art. 18] de la Loi sur le BST prévoit expressément qu’un enregistrement contrôle qui a été obtenu par le BST conformément au mandat que lui confie sa loi constituante ne doit pas être utilisé contre les personnes mentionnées au paragraphe (1) (c’est-à-dire les contrôleurs de la circulation aérienne, les équipages d’aéronefs, les conducteurs de véhicules d’aéroport, les spécialistes de l’information de vol ou les personnes qui relaient les renseignements relatifs au contrôle de la circulation aérienne ou aux questions connexes) dans des procédures judiciaires ou, sous réserve de la convention collective applicable, dans des procédures disciplinaires. Le paragraphe 29(6) prévoit ce qui suit :

29. (1) [. . .]

(6) Dans les procédures judiciaires ou, sous réserve de la convention collective applicable, dans le cadre de procédures disciplinaires, il ne peut être fait usage contre les personnes mentionnées au paragraphe (1) des enregistrements contrôle obtenus en application de la présente loi.

[22] Une disposition beaucoup plus rigoureuse protège les « enregistrements de bord » reçus par le poste de pilotage d’un aéronef. L’expression est définie au paragraphe 28(1) [mod., *idem*, art. 17] de la Loi sur le BST. Le paragraphe 28(1) de la Loi sur le BST et l’article 24 de la *Loi sur l’accès à l’information* prévoient expressément une exception obligatoire pour ces enregistrements et transcriptions.

[23] Section 28 of the Safety Board Act reads in full:

PRIVILEGE

28. (1) In this section, “on-board recording” means the whole or any part of

(a) a recording of voice communications originating from, or received on or in,

(i) the flight deck of an aircraft,

(ii) the bridge or a control room of a ship,

(iii) the cab of a locomotive, or

(iv) the control room or pumping station of a pipeline, or

(b) a video recording of the activities of the operating personnel of an aircraft, ship, locomotive or pipeline

that is made, using recording equipment that is intended to not be controlled by the operating personnel, on the flight deck of the aircraft, on the bridge or in a control room of the ship, in the cab of the locomotive or in a place where pipeline operations are carried out, as the case may be, and includes a transcript or substantial summary of such a recording.

(2) Every on-board recording is privileged and, except as provided by this section, no person, including any person to whom access is provided under this section, shall

(a) knowingly communicate an on-board recording or permit it to be communicated to any person; or

(b) be required to produce an on-board recording or give evidence relating to it in any legal, disciplinary or other proceedings.

(3) Any on-board recording that relates to a transportation occurrence being investigated under this Act shall be released to an investigator who requests it for the purposes of the investigation.

(4) The Board may make such use of any on-board recording obtained under this Act as it considers necessary in the interests of transportation safety, but, subject to subsection (5), shall not knowingly communicate or permit to be communicated to anyone any portion thereof that is unrelated to the causes or contributing factors of the transportation occurrence under investigation or to the identification of safety deficiencies.

(5) The Board shall make available any on-board recording obtained under this Act to

[23] L'article 28 de la Loi sur le BST est ainsi formulé :

RENSEIGNEMENTS PROTÉGÉS

28. (1) Au présent article, « enregistrement de bord » s'entend de tout ou partie soit des enregistrements des communications orales reçues par le poste de pilotage d'un aéronef, par la passerelle ou toute salle de contrôle d'un navire, par la cabine d'une locomotive ou par la salle de contrôle ou de pompage d'un pipeline, ou en provenant, soit des enregistrements vidéo des activités du personnel assurant le fonctionnement des aéronefs, navire, locomotive ou pipeline, qui sont effectués à ces endroits à l'aide du matériel d'enregistrement auquel le personnel n'a pas accès. Y sont assimilés la transcription ou le résumé substantiel de ces enregistrements.

(2) Les enregistrements de bord sont protégés. Sauf disposition contraire du présent article, nul ne peut, notamment s'il s'agit de personnes qui y ont accès au titre de cet article :

a) sciemment, les communiquer ou les laisser communiquer;

b) être contraint de les produire ou de témoigner à leur sujet lors d'une procédure judiciaire, disciplinaire ou autre.

(3) Les enregistrements de bord relatifs à un accident de transport faisant l'objet d'une enquête prévue par la présente loi sont mis à la disposition de l'enquêteur qui en fait la demande dans le cadre de sa mission.

(4) Le Bureau peut utiliser les enregistrements de bord obtenus en application de la présente loi comme il l'estime nécessaire dans l'intérêt de la sécurité des transports, mais, sous réserve du paragraphe (5), il ne peut sciemment communiquer ou laisser communiquer les parties de ces enregistrements qui n'ont aucun rapport avec les causes et facteurs de l'accident de transport faisant l'objet de l'enquête ou avec les manquements à la sécurité.

(5) Le Bureau est tenu de mettre les enregistrements de bord obtenus en application de la présente loi à la disposition :

(a) [Repealed, 1998, c. 20, s. 17]

(b) a coroner who requests access thereto for the purpose of an investigation that the coroner is conducting; or

(c) any person carrying out a coordinated investigation under section 18.

(6) Notwithstanding anything in this section, where, in any proceedings before a court or coroner, a request for the production and discovery of an on-board recording is made, the court or coroner shall

(a) cause notice of the request to be given to the Board, if the Board is not a party to the proceedings;

(b) in camera, examine the on-board recording and give the Board a reasonable opportunity to make representations with respect thereto; and

(c) if the court or coroner concludes in the circumstances of the case that the public interest in the proper administration of justice outweighs in importance the privilege attached to the on-board recording by virtue of this section, order the production and discovery of the on-board recording, subject to such restrictions or conditions as the court or coroner deems appropriate, and may require any person to give evidence that relates to the on-board recording.

(7) An on-board recording may not be used against any of the following persons in disciplinary proceedings, proceedings relating to the capacity or competence of an officer or employee to perform the officer's or employee's functions, or in legal or other proceedings, namely, air or rail traffic controllers, marine traffic regulators, aircraft, train or ship crew members (including, in the case of ships, masters, officers, pilots and ice advisers), airport vehicle operators, flight service station specialists, persons who relay messages respecting air or rail traffic control, marine traffic regulation or related matters and persons who are directly or indirectly involved in the operation of a pipeline.

(8) For the purposes of subsection (6), "court" includes a person or persons appointed or designated to conduct a public inquiry into a transportation occurrence pursuant to this Act or the *Inquiries Act*.

[24] Section 24 of the Access Act reads:

Statutory Prohibitions

24. (1) The head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which is restricted by or pursuant to any provision set out in Schedule II.

a) [Abrogé, 1998, ch. 20, art. 17]

b) des coroners qui en font la demande pour leurs enquêtes;

c) des personnes qui participent aux enquêtes coordonnées visées à l'article 18.

(6) Par dérogation aux autres dispositions du présent article, le tribunal ou le coroner qui, dans le cours de procédures devant lui, est saisi d'une demande de production et d'examen d'un enregistrement de bord examine celui-ci à huis clos et donne au Bureau la possibilité de présenter des observations à ce sujet après lui avoir transmis un avis de la demande, dans le cas où celui-ci n'est pas partie aux procédures. S'il conclut, dans les circonstances de l'espèce, que l'intérêt public d'une bonne administration de la justice a prépondérance sur la protection conférée à l'enregistrement par le présent article, le tribunal ou le coroner en ordonne la production et l'examen, sous réserve des restrictions ou conditions qu'il juge indiquées; il peut en outre enjoindre à toute personne de témoigner au sujet de cet enregistrement.

(7) Il ne peut être fait usage des enregistrements de bord dans le cadre de procédures disciplinaires ou concernant la capacité ou la compétence d'un agent ou employé relativement à l'exercice de ses fonctions, ni dans une procédure judiciaire ou autre contre les contrôleurs de la circulation aérienne, les régulateurs de trafic maritime, les aiguilleurs, le personnel de bord des aéronefs, navires—y compris, dans ce dernier cas, les capitaines, officiers, pilotes et conseillers glaciologues—ou trains, les conducteurs de véhicules d'aéroport, les spécialistes de l'information de vol, les personnes qui relaient les renseignements relatifs au contrôle de la circulation aérienne ou ferroviaire ou du trafic maritime ou aux questions connexes et les personnes qui assurent le fonctionnement des pipelines.

(8) Pour l'application du paragraphe (6), ont pouvoirs et qualité de tribunal les personnes nommées ou désignées pour mener une enquête publique sur un accident de transport conformément à la présente loi ou à la *Loi sur les enquêtes*.

[24] L'article 24 de la *Loi sur l'accès à l'information* est ainsi formulé :

Interdictions fondées sur d'autres lois

24. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d'une disposition figurant à l'annexe II.

...

[...]

SCHEDULE II [as am. by S.C. 1989, c. 3, s. 38]

ANNEXE II [mod. par L.C. 1989, ch. 3, art. 38]

Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act

Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports

subsections 28(2) and 31(4)

paragraphe 28(2) et 31(4)

[25] It was initially the position of the Safety Board that the information contained in ATC communications was personal information, but was publicly available because some of the information, being the conversations carried over open radio frequencies, could be intercepted by a member of the public with the appropriate technology. Accordingly, if an access request for ATC communications was made after an investigation had been completed, the Safety Board was of the view that there was no basis to refuse disclosure.

[25] Le BST était au départ d'avis que les renseignements contenus dans les communications ATC étaient des renseignements personnels, mais que le public y avait accès parce que certains des renseignements, à savoir les conversations transmises sur des fréquences radio publiques, pouvaient, avec la technologie adéquate, être interceptés par un membre du public. Par conséquent, le BST considérait que, si une demande d'accès à des communications ATC était faite après la clôture d'une enquête, il n'y avait aucune raison d'en refuser la divulgation.

[26] Subsequently, questions were raised as to whether the information in question should be exempted under section 19 of the Access Act. The Safety Board came to the conclusion that the ATC communications contained personal information. Thereafter, the Safety Board had to determine whether the ATC communications should, in any event, be released because the information was publicly available or because the public interest in disclosure clearly outweighed any invasion of privacy. The Safety Board determined that the information could not be said to be publicly available within the meaning of subsection 19(2) of the Access Act and that the public interest in disclosure did not clearly outweigh any invasion of privacy.

[26] Par la suite, on a pensé que les renseignements en cause devaient sans doute être soustraits à la divulgation en vertu de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*. Le BST est arrivé à la conclusion que les communications ATC contenaient des renseignements personnels. Puis le BST devait se demander si les communications ATC devaient de toute manière être divulguées parce que le public avait accès aux renseignements ou parce que l'intérêt public dans la divulgation justifiait clairement une atteinte à la vie privée. Selon le BST, il était impossible de dire que le public avait accès aux renseignements au sens du paragraphe 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*, et l'intérêt public dans la divulgation des renseignements ne justifiait pas clairement une atteinte à la vie privée.

[27] Initially, the appellant agreed with this assessment. He, in particular, did so in the case of Swiss Air Flight 111 in 1998, but has since changed his mind.

[27] L'appelant souscrivait à l'origine à cette manière de voir. Il l'avait fait notamment dans le cas du vol 111 de Swiss Air en 1998, mais il a depuis changé d'avis.

The standard of review

La norme de contrôle

[28] The parties do not dispute the application Judge's finding that the standard of review is correctness.

[28] Les parties ne contestent pas la conclusion de la juge de première instance selon laquelle la norme de contrôle est la décision correcte.

[29] The decision of the Safety Board relates to a mandatory refusal under subsection 19(1) of the Access Act and it has to be correct. Moreover, the application Judge is sitting as a reviewing judge in a section 41 application. She is invested with a *de novo* review power (*Dagg*, at paragraph 107) and her decision also has to be correct.

The key issue in this appeal

[30] The key issue in this appeal is whether ATC communications are “personal information” under the Access Act.

Structure of the relevant legislation

[31] Subsection 19(1) of the Access Act exempts from disclosure “personal information” as defined in section 3 of the *Privacy Act*. Subsection 19(1) of the Access Act reads:

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*.

[32] Section 3 of the *Privacy Act* reads:

3. In this Act,

...

“personal information” means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

(a) information relating to the race, national or ethnic origin, colour, religion, age or marital status of the individual,

(b) information relating to the education or the medical, criminal or employment history of the individual or information relating to financial transactions in which the individual has been involved,

[29] La décision du BST concerne un refus obligatoire de divulgation aux termes du paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, et elle se doit d'être correcte. Par ailleurs, la juge de première instance siège en tant qu'instance de révision dans une demande fondée sur l'article 41. Elle est investie d'un pouvoir de révision *de novo* (arrêt *Dagg*, au paragraphe 107) et sa décision se doit elle aussi d'être correcte.

Le point essentiel soulevé dans le présent appel

[30] Le point essentiel soulevé dans le présent appel est de savoir si les communications ATC sont des « renseignements personnels » au sens de la *Loi sur l'accès à l'information*.

La structure de la législation applicable

[31] Le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* soustrait à la divulgation les « renseignements personnels », expression définie à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* est ainsi formulé :

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[32] L'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est ainsi formulé :

3. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

« renseignements personnels » Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment :

a) les renseignements relatifs à sa race, à son origine nationale ou ethnique, à sa couleur, à sa religion, à son âge ou à sa situation de famille;

b) les renseignements relatifs à son éducation, à son dossier médical, à son casier judiciaire, à ses antécédents professionnels ou à des opérations financières auxquelles il a participé;

(e) any identifying number, symbol or other particular assigned to the individual,

(d) the address, fingerprints or blood type of the individual,

(e) the personal opinions or views of the individual except where they are about another individual or about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to another individual by a government institution or a part of a government institution specified in the regulations,

(f) correspondence sent to a government institution by the individual that is implicitly or explicitly of a private or confidential nature, and replies to such correspondence that would reveal the contents of the original correspondence,

(g) the views or opinions of another individual about the individual,

(h) the views or opinions of another individual about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to the individual by an institution or a part of an institution referred to in paragraph (e), but excluding the name of the other individual where it appears with the views or opinions of the other individual, and

(i) the name of the individual where it appears with other personal information relating to the individual or where the disclosure of the name itself would reveal information about the individual,

but, for the purposes of sections 7, 8 and 26 and section 19 of the *Access to Information Act*, does not include

(j) information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual including,

(i) the fact that the individual is or was an officer or employee of the government institution,

(ii) the title, business address and telephone number of the individual,

(iii) the classification, salary range and responsibilities of the position held by the individual,

(iv) the name of the individual on a document prepared by the individual in the course of employment, and

(v) the personal opinions or views of the individual given in the course of employment,

(k) information about an individual who is or was performing services under contract for a government institution that relates to the services performed, including

c) tout numéro ou symbole, ou toute autre indication identificatrice, qui lui est propre;

d) son adresse, ses empreintes digitales ou son groupe sanguin;

e) ses opinions ou ses idées personnelles, à l'exclusion de celles qui portent sur un autre individu ou sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à octroyer à un autre individu par une institution fédérale, ou subdivision de celle-ci visée par règlement;

f) toute correspondance de nature, implicitement ou explicitement, privée ou confidentielle envoyée par lui à une institution fédérale, ainsi que les réponses de l'institution dans la mesure où elles révèlent le contenu de la correspondance de l'expéditeur;

g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;

h) les idées ou opinions d'un autre individu qui portent sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à lui octroyer par une institution, ou subdivision de celle-ci, visée à l'alinéa e), à l'exclusion du nom de cet autre individu si ce nom est mentionné avec les idées ou opinions;

i) son nom lorsque celui-ci est mentionné avec d'autres renseignements personnels le concernant ou lorsque la seule divulgation du nom révélerait des renseignements à son sujet;

toutefois, il demeure entendu que, pour l'application des articles 7, 8 et 26, et de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*, les renseignements personnels ne comprennent pas les renseignements concernant :

j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment :

(i) le fait même qu'il est ou a été employé par l'institution,

(ii) son titre et les adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail,

(iii) la classification, l'éventail des salaires et les attributions de son poste,

(iv) son nom lorsque celui-ci figure sur un document qu'il a établi au cours de son emploi,

(v) les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de son emploi;

k) un individu qui, au titre d'un contrat, assure ou a assuré la prestation de services à une institution fédérale et portant sur la nature de la prestation, notamment les

the terms of the contract, the name of the individual and the opinions or views of the individual given in the course of the performance of those services,

(l) information relating to any discretionary benefit of a financial nature, including the granting of a licence or permit, conferred on an individual, including the name of the individual and the exact nature of the benefit, and

(m) information about an individual who has been dead for more than twenty years;

[33] Section 4 of the Access Act, which gives the right of access, reads in part:

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(a) a Canadian citizen, or

(b) a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*,

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

[34] The words “including, without restricting the generality of the foregoing”, which are found in the definition of “personal information” in section 3 of the *Privacy Act*, convey the proposition that the opening words (“‘personal information’ means information about an identifiable individual that is recorded in any form”) must be given a generous interpretation and that the enumeration which follows is not limitative but illustrative only. Further down, section 3 contains a list of exceptions to the concept of “personal information”. They apply only “for the purposes of sections 7, 8 and 26, and section 19 of the *Access to Information Act*”. One of these exceptions is paragraph 3(j), which includes subparagraph 3(j)(iii).

“Personal Information”: The key principles of interpretation

[35] The Supreme Court of Canada has stated on numerous occasions that the *Privacy Act* and the Access Act must be read together as a “seamless code”, following a “‘parallel’ interpretive model” that balances

conditions du contrat, le nom de l’individu ainsi que les idées et opinions personnelles qu’il a exprimées au cours de la prestation;

l) des avantages financiers facultatifs, notamment la délivrance d’un permis ou d’une licence accordés à un individu, y compris le nom de celui-ci et la nature précise de ces avantages;

m) un individu décédé depuis plus de vingt ans.

[33] L’article 4 de la *Loi sur l’accès à l’information*, qui confère le droit d’accès, prévoit notamment ce qui suit :

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l’accès aux documents relevant d’une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande :

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*

[34] Le mot « notamment », que l’on trouve dans la définition de « renseignements personnels », à l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, donne à penser que les mots introductifs (« ‘renseignements personnels’ Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable ») doivent être interprétés d’une manière libérale et que l’énumération qui suit n’est pas limitative, mais seulement exemplative. Plus loin, l’article 3 renferme une liste d’exceptions à la définition de « renseignements personnels ». Ces exceptions s’appliquent uniquement « pour l’application des articles 7, 8 et 26, et de l’article 19 de la *Loi sur l’accès à l’information* ». L’une de ces exceptions est l’alinéa 3j), qui comprend le sous-alinéa 3j)(iii).

« Renseignements personnels » : Les principes directeurs d’interprétation

[35] La Cour suprême du Canada a affirmé à plusieurs reprises que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la *Loi sur l’accès à l’information* doivent être lues ensemble comme s’il s’agissait d’un « code

the competing values of access and privacy: see *Dagg*, at paragraphs 45 and 55-57; [*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66], at paragraphs 21 and 22 (*RCMP*); *H. J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)* [2006] 1 S.C.R. 441, at paragraphs 2, 22, 25 (*Heinz*). However, within this balanced legislative scheme, the right to privacy is made paramount in certain contexts, as the Supreme Court recently affirmed in *Heinz*, at paragraph 26:

The intimate connection between the right of access to information and privacy rights does not mean, however, that equal value should be accorded to all rights in all circumstances. The legislative scheme established by the Access Act and the Privacy Act clearly indicates that in a situation involving personal information about an individual, the right to privacy is paramount over the right of access to information, except as prescribed by the legislation. Both Acts contain statutory prohibitions against the disclosure of personal information, most significantly in s. 8 of the *Privacy Act* and s. 19 of the *Access Act*. Thus, while the right to privacy is the driving force behind the Privacy Act, it is also recognized and enforced by the Access Act. [My emphasis.]

[36] In *Dagg*, La Forest J., dissenting but confirmed by the majority on this point (see paragraph 1), described as follows the wide reach of the “personal information” definition (paragraphs 68 and 69):

With these broad principles in mind, I will now consider whether the information requested by the appellant constitutes personal information under s. 3 of the *Privacy Act*. In its opening paragraph, the provision states that “personal information” means “information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing”. On a plain reading, this definition is undeniably expansive. Notably, it expressly states that the list of specific examples that follows the general definition is not intended to limit the scope of the former. As this Court has recently held, this phraseology indicates that the general opening words are intended to be the primary source of interpretation. The subsequent enumeration merely identifies examples of the type of subject matter encompassed by the general definition; see *Schwartz v. Canada*, [1996] 1

homogène », suivant un « modèle d’interprétation “parallèle” » qui met en équilibre les valeurs antagonistes de l’accès à l’information et de la protection de la vie privée : voir l’arrêt *Dagg*, aux paragraphes 45 et 55 à 57; [*Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66], aux paragraphes 21 et 22 (*GRC*); l’arrêt *Cie H.J. Heinz Co. du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, [2006] 1 R.C.S. 441, aux paragraphes 2, 22, 25 (*Heinz*). Toutefois, à l’intérieur de cette législation pondérée, le droit à la vie privée bénéficie d’une préférence dans certains contextes, ainsi que l’a récemment confirmé la Cour suprême dans l’arrêt *Heinz*, au paragraphe 26 :

Cependant, le lien étroit qui existe entre le droit d’accès à l’information et le droit à la vie privée ne signifie pas qu’il y a lieu d’accorder en tout temps une valeur égale à tous les droits. Le régime législatif établi par la LAI et la LPRP indique clairement que, lorsqu’il est question des renseignements personnels d’un individu, le droit à la vie privée l’emporte sur le droit d’accès à l’information, sauf dans la mesure prévue par la loi. Les deux lois comportent des interdictions de divulguer des renseignements personnels, plus particulièrement à l’art. 8 *LPRP* et à l’art. 19 *LAI*. Ainsi, bien que le droit à la vie privée soit l’élément déterminant de la LPRP, il est également reconnu et appliqué par la LAI. [Non souligné dans l’original.]

[36] Dans l’arrêt *Dagg*, le juge La Forest, qui avait rédigé un avis dissident, mais aux propos duquel les juges majoritaires s’étaient ralliés sur ce point (voir le paragraphe 1), décrivait ainsi la portée de la définition de l’expression « renseignements personnels » (paragraphes 68 et 69) :

Gardant à l’esprit ces principes généraux, je vais maintenant examiner si les renseignements demandés par l’appelant sont des renseignements personnels au sens de l’art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. La disposition liminaire de cet article définit l’expression « renseignements personnels » comme étant « [l]es renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment ». Selon son sens clair, cette définition est indéniablement large. En particulier, elle précise que la liste des exemples particuliers qui suit la définition générale n’a pas pour effet d’en limiter la portée. Comme l’a récemment jugé notre Cour, cette phraséologie indique que la disposition liminaire générale doit servir de principale source d’interprétation. L’énumération subséquente ne fait que donner des exemples du genre de

S.C.R. 254, at pp. 289-91. Consequently, if a government record is captured by those opening words, it does not matter that it does not fall within any of the specific examples.

As noted by Jerome A.C.J. in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Solicitor General)*, *supra*, at p. 557, the language of this section is “deliberately broad” and “entirely consistent with the great pains that have been taken to safeguard individual identity”. Its intent seems to be to capture any information about a specific person, subject only to specific exceptions; see J. Alan Leadbeater, “How Much Privacy for Public Officials?”, speech to Canadian Bar Association (Ontario), March 25, 1994, at p. 17. Such an interpretation accords with the plain language of the statute, its legislative history and the privileged, foundational position of privacy interests in our social and legal culture. [My emphasis.]

[37] La Forest J.’s views were cited with approval by the unanimous Court in *RCMP*, at paragraph 23.

[38] The words upon which I need to focus in the present analysis are the following: “‘personal information’ means information about an identifiable individual that is recorded in any form including” (“*renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment*”).

[39] The word “about” (*concernant*) should be considered first.

[40] The *Concise Oxford Dictionary of Current English*, 8th ed. tells us that the word encompasses the following definitions:

about: 1 a on the subject of, in connection with (*a book about birds; what are you talking about?; argued about money*). **b.** relating to (*something funny about this*).

[41] The *Petit Larousse illustré* says the following:

concernant: À propos de, au sujet de.

sujets visés par la définition générale; voir *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, aux pp. 289 à 291. En conséquence, si un document de l’administration fédérale est visé par cette disposition liminaire, il importe peu qu’il ne relève d’aucun des exemples donnés.

Comme l’a souligné le juge en chef adjoint Jerome dans *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Solliciteur général)*, précité, à la p. 557, la formulation de cet article est « délibérément large » et « illustre tout à fait les efforts considérables qui ont été déployés pour protéger l’identité des individus ». Elle semble destinée à viser tout renseignement sur une personne donnée, sous la seule réserve d’exceptions précises; voir J. Alan Leadbeater, « How Much Privacy for Public Officials? », allocution prononcée devant l’Association du Barreau canadien (Ontario), le 25 mars 1994, à la p. 17. Une telle interprétation s’accorde avec le texte clair de la Loi, avec son historique législatif et avec le statut privilégié et fondamental du droit à la vie privée dans notre culture sociale et juridique. [Non souligné dans l’original.]

[37] Les vues du juge La Forest ont été confirmées à l’unanimité de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *GRC*, au paragraphe 23.

[38] Les mots auxquels je dois m’intéresser dans la présente analyse sont les suivants : « “renseignements personnels” Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment » (« “*personal information*” means information about an identifiable individual that is recorded in any form including »).

[39] Il faut d’abord considérer le mot « concernant » (*about*).

[40] Le *Petit Larousse illustré* renferme ce qui suit :

concernant : À propos de, au sujet de.

[41] Le *Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* renferme ce qui suit :

concernant : À propos de, au sujet de. **relatif (à), 1. touchant [...]** En ce qui concerne.

[42] The French *Petit Robert* states the following:

concernant: *À propos de, au sujet de.—relative (à), 1. touchant . . . en ce qui concerne.*

[43] These two words, “about” and “concernant”, shed little light on the precise nature of the information which relates to the individual, except to say that information recorded in any form is relevant if it is “about” an individual and if it permits or leads to the possible identification of the individual. There is judicial authority holding that an “identifiable” individual is considered to be someone whom it is reasonable to expect can be identified from the information in issue when combined with information from sources otherwise available (Colin H. H. McNairn and Christopher D. Woodbury, *Government Information: Access and Privacy* (Toronto: Carswell, 1992), at page 7-5; *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2001), 39 Admin. L.R. (3d) 112 (Ont. Div. Ct.); affd [sub nom. *Ontario (Attorney General) v. Pascoe*] (2002), 22 C.P.R. (4th) 447 (Ont. C.A.)).

[44] “Personal information” must however be understood as equivalent to information falling within the individual’s right of privacy. Section 2 of the *Privacy Act* sets the tone by providing that:

2. The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada that protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held by a government institution and that provide individuals with a right of access to that information.

[45] The *Privacy Act*, adopted in 1982 [S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. II], was one of the legislative responses to the development of the right to privacy. In their seminal work on “The Right to Privacy”, [1890-91] 4 *Harv. L. Rev.* 193, Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis wrote (at page 193):

[42] *Le Concise Oxford Dictionary of Current English*, 8^e éd. nous dit que le mot comprend les définitions suivantes :

about : *1 a on the subject of, in connection with (a book about birds; what are you talking about?; argued about money). b. relating to (something funny about this).*

[43] Ces deux mots, « concernant » et « about », nous apprennent peu de choses sur la nature précise des renseignements qui se rapportent à l’individu, si ce n’est pour dire que les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, sont pertinents s’il s’agit de renseignements « concernant » un individu et s’ils permettent d’identifier l’individu ou rendent possible son identification. Il existe des précédents selon lesquels un individu « identifiable » est une personne dont il est raisonnable de croire qu’elle pourra être identifiée à l’aide des renseignements en cause s’ils sont combinés avec des renseignements d’autres sources (Colin H. H. McNairn et Christopher D. Woodbury, *Government Information : Access and Privacy* (Toronto : Carswell, 1992), à la page 7-5; *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2001), 39 Admin. L.R. (3d) 112 (C. div. Ont.), confirmé par [sub nom. *Ontario (Attorney General) v. Pascoe*] (2002), 22 C.P.R. (4th) 447 (C.A. Ont.)).

[44] Les « renseignements personnels » doivent cependant être vus comme l’équivalent de renseignements entrant dans le droit d’une personne à la vie privée. L’article 2 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* donne le ton en disposant que :

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en matière de protection des renseignements personnels relevant des institutions fédérales et de droit d’accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent.

[45] La *Loi sur la protection des renseignements personnels*, adoptée en 1982 [S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. II], fut l’une des réponses du législateur au développement du droit à la vie privée. Dans un article qui a fait école, intitulé « The Right to Privacy », [1890-91] 4 *Harv. L. Rev.* 193, Samuel D. Warren et Louis D. Brandeis écrivaient ce qui suit, à la page 193 :

That the individual shall have full protection in person and in property is a principle as old as the common law; but it has been found necessary from time to time to define anew the exact nature and extent of such protection. Political, social, and economic changes entail the recognition of new rights, and the common law, in its eternal youth, grows to meet the demands of society.

[46] The concept of privacy has proven sufficiently robust to live up to its description by Justice Brandeis (*Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), at page 478), as the “right most valued by civilized men”, and has shouldered its way into U.S. and Canadian constitutional doctrines (see Stanley A. Cohen, *Privacy, Crime and Terror: Legal Rights and Security in a Time of Peril*, (Markham: LexisNexis Butterworths, 2005), at page 9).

[47] In *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pages 427 and 428, *per* La Forest J. (*Dymont*), the Supreme Court of Canada spoke about privacy in the following terms:

Grounded in man’s physical and moral autonomy, privacy is essential for the well-being of the individual. For this reason alone, it is worthy of constitutional protection, but it also has profound significance for the public order. The restraints imposed on government to pry into the lives of the citizen go to the essence of a democratic state.

[48] A privacy-based interpretation of the “personal information” definition does not provide a definite resolution to questions concerning the precise scope of “personal information”. However, as I explain further below, this interpretation, as wide as it may be, captures the essence of the definition and is, in my view, sufficient to dispose of the appeal at bar.

The concept of privacy

[49] In *Dagg*, La Forest J., at paragraph 67, noted that privacy is a broad and somewhat evanescent concept and that it was necessary to describe with greater precision the particular privacy interests protected. He mentioned his earlier writing in *Dymont*, at pages 429

[TRADUCTION] L’idée que l’individu jouisse d’une protection intégrale de sa personne et de ses biens est un principe aussi ancien que la common law; mais l’on a périodiquement jugé nécessaire de définir à nouveau la nature et l’étendue précises de cette protection. L’évolution politique, sociale et économique impose la reconnaissance de droits nouveaux, et la common law, en sa jeunesse éternelle, se développe afin de répondre aux besoins de la société.

[46] La notion de vie privée s’est révélée suffisamment vivace pour coller à la description qu’en avait donnée le juge Brandeis (*Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), à la page 478), c’est-à-dire le [TRADUCTION] « droit le plus précieux de l’homme civilisé », et elle a fait son chemin dans les doctrines constitutionnelles des États-Unis et du Canada (voir Stanley A. Cohen, *Privacy, Crime and Terror : Legal Rights and Security in a Time of Peril*, (Markham : LexisNexis Butterworths, 2005), à la page 9).

[47] Dans l’arrêt *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, aux pages 427 et 428 (juge La Forest) (*Dymont*), la Cour suprême du Canada s’exprimait ainsi, à propos de la notion de vie privée :

Fondée sur l’autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l’ordre public. L’interdiction qui est faite au gouvernement de s’intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l’essence même de l’État démocratique.

[48] Une interprétation de l’expression « renseignements personnels » qui serait fondée sur la notion de vie privée ne permettra pas de répondre d’une manière concluante aux questions intéressant le champ précis de l’expression « renseignements personnels ». Toutefois, comme je m’en explique ci-après, cette interprétation, si étendue soit-elle, saisit l’essence de la définition et, à mon avis, elle suffit à trancher le présent appel.

La notion de vie privée

[49] Dans l’arrêt *Dagg*, le juge La Forest relevait, au paragraphe 67, que la notion de vie privée est une notion générale quelque peu évanescente, et qu’il était nécessaire de décrire avec plus de précision les droits à la vie privée qui sont garantis. Il s’est référé aux propos

and 430, in which he referred to the Report of the Task Force established jointly by the Department of Communications and the Department of Justice (1972), entitled *Privacy and Computers*, in these terms:

Finally, there is privacy in relation to information. This too is based on the notion of the dignity and integrity of the individual. As the Task Force put it (p. 13): “This notion of privacy derives from the assumption that all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain for himself as he sees fit.” In modern society, especially, retention of information about oneself is extremely important. We may, for one reason or another, wish or be compelled to reveal such information, but situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected. Governments at all levels have in recent years recognized this and have devised rules and regulations to restrict the uses of information collected by them to those for which it was obtained; see, for example, the *Privacy Act*. [My emphasis.]

[50] La Forest then added (at paragraph 67):

See also *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 46 (“privacy may be defined as the right of the individual to determine for himself when, how, and to what extent he will release personal information about himself”); *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 613-15 (*per* L’Heureux-Dubé J., dissenting); Westin, *supra*, at p. 7 (“[p]rivacy is the claim of individuals . . . to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others”); Charles Fried, “Privacy” (1968), 77 *Yale L.J.* 475, at p. 483 (“[p]rivacy . . . is control over knowledge about oneself”). [My emphasis.]

[51] The Task Force cited in *Dyment* [at page 429], refers to “information about a person . . . in a fundamental way his own, for him to communicate or retain for himself as he sees fit” [my emphasis]. The same concepts of intimacy and identity are found in the passage from *Duarte* [*R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30,

qu’il avait tenus dans l’arrêt *Dyment*, aux pages 429 et 430, où il avait évoqué en ces termes le rapport du groupe d’étude établi conjointement en 1972 par le ministère des Communications et le ministère de la Justice, intitulé *L’ordinateur et la vie privée* :

Enfin il y a le droit à la vie privée en matière d’information. Cet aspect aussi est fondé sur la notion de dignité et d’intégrité de la personne. Comme l’affirme le groupe d’étude (à la p. 13) : « Cette conception de la vie privée découle du postulat selon lequel l’information de caractère personnel est propre à l’intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l’entend. » Dans la société contemporaine tout spécialement, la conservation de renseignements à notre sujet revêt une importance accrue. Il peut arriver, pour une raison ou pour une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, mais les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l’individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu’ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués. Tous les paliers de gouvernement ont, ces dernières années, reconnu cela et ont conçu des règles et des règlements en vue de restreindre l’utilisation des données qu’ils recueillent à celle pour laquelle ils le font; voir, par exemple, la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. [Non souligné dans l’original.]

[50] Puis le juge La Forest ajoutait, à la fin au paragraphe 67 de l’arrêt *Dagg* :

Voir également *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, à la p. 46 (« la vie privée peut se définir comme le droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels le concernant »); *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, aux pp. 613 à 615 (le juge L’Heureux-Dubé, dissidente); Westin, *op. cit.*, à la p. 7 ([TRADUCTION] « [I]a vie privée est le droit du particulier [. . .] de décider lui-même quand, comment et dans quelle mesure des renseignements le concernant seront communiqués à autrui »); Charles Fried, « Privacy » (1968), 77 *Yale L.J.* 475, à la p. 483 ([TRADUCTION] « [I]a vie privée de quelqu’un [. . .] est le contrôle de la connaissance que l’on peut avoir à son sujet »). [Non souligné dans l’original.]

[51] Le groupe d’étude cité dans l’arrêt *Dyment* [à la page 429], disait que « l’information de caractère personnel est propre à l’intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l’entend » [non souligné dans l’original]. On trouve les mêmes notions d’intimité et d’identité dans le passage de l’arrêt *Duarte*

at page 46], quoted in *Dagg* [at page 435]: “. . . the right of the individual to determine for himself when, how and to what extent he will release personal information about himself” [my emphasis]. Alan F. Westin [*Privacy and Freedom*, New York: Atheneum, 1970] refers to “the claim . . . of individuals to determine for themselves when, how and to what extent information about them is communicated to others” (my emphasis) [quoted in *Dagg*, at page 435]. Charles Fried [“Privacy” (1968), 77 *Yale L.J.* 475, at page 483] says “[p]rivacy . . . is control over knowledge about oneself” (my emphasis) [quoted in *Dagg*, at page 435].

[52] Privacy thus connotes concepts of intimacy, identity, dignity and integrity of the individual.

[53] The information at issue is not “about” an individual. As found by the application Judge (at paragraph 18 of her reasons) the content of the communications is limited to the safety and navigation of aircraft, the general operation of the aircraft, and the exchange of messages on behalf of the public. They contain information about the status of the aircraft, weather conditions, matters associated with air traffic control and the utterances of the pilots and controllers. These are not subjects that engage the right to privacy of individuals.

[54] The information contained in the records at issue is of a professional and non-personal nature. The information may have the effect of permitting or leading to the identification of a person. It may assist in a determination as to how he or she has performed his or her task in a given situation. But the information does not thereby qualify as personal information. It is not about an individual, considering that it does not match the concept of “privacy” and the values that concept is meant to protect. It is non-personal information transmitted by an individual in job-related circumstances.

[*R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, à la page 46] cité dans l’arrêt *Dagg* [à la page 435] : « le droit du particulier de déterminer lui-même quand, comment et dans quelle mesure il diffusera des renseignements personnels le concernant » [non souligné dans l’original]. Alan F. Westin [*Privacy and Freedom*, New York : Atheneum, 1970] parle pour sa part du « droit du particulier [...] de décider lui-même quand, comment et dans quelle mesure des renseignements le concernant seront communiqués à autrui » (non souligné dans l’original). Charles Fried « Privacy » (1968), 77 *Yale L.J.* 475, à la page 483] dit quant à lui que « [l]a vie privée de quelqu’un [...] est le contrôle de la connaissance que l’on peut avoir à son sujet » (non souligné dans l’original) [cité dans l’arrêt *Dagg*, à la page 435].

[52] La notion de vie privée intègre donc celles d’intimité, d’identité, de dignité et d’intégrité de l’individu.

[53] Les renseignements en cause ne sont pas des renseignements « concernant » un individu. Comme l’a dit la juge de première instance (au paragraphe 18 de ses motifs), le contenu des communications se limite à la sécurité et à la navigation de l’aéronef, aux activités de l’aéronef et à l’échange de messages pour le compte du public. Elles contiennent des renseignements relatifs à la situation de l’aéronef, aux conditions météorologiques, à diverses questions intéressant le contrôle de la circulation aérienne et aux propos échangés par les pilotes et les contrôleurs. Ce ne sont pas là des sujets qui font intervenir le droit de l’individu à sa vie privée.

[54] Les renseignements contenus dans les documents en cause sont de nature professionnelle et non personnelle. Ils pourraient avoir pour effet de permettre ou de faciliter l’identification d’une personne. Ils pourraient aider à déterminer comment cette personne s’est acquittée de sa tâche dans une situation donnée. Mais ils ne sont pas pour autant des renseignements personnels. Ce ne sont pas des renseignements concernant un individu, vu qu’ils ne sont pas en corrélation avec la notion de « vie privée » ni avec les valeurs que cette notion vise à protéger. Ce sont des renseignements non personnels, transmis par un individu dans un environnement professionnel.

[55] The application Judge misapprehended the function of the ATC communications and the object of the Safety Board when she said that “the sole purpose for the existence of the ATC communications is to carry out an evaluation of the performance of the parties to those communications in the event that something goes wrong” (paragraph 25). This interpretation is not in the spirit of subsections 7(1), (2) and 29(6) of the Safety Board Act, nor is it to be found in the submissions made by the Safety Board before this Court (paragraph 25 of its memorandum of fact and law, referred to at paragraph 19 of my reasons for judgment). The ATC communications, when combined with other information, may well in certain circumstances be used as a basis for an evaluation of their authors’ performances. However, the possibility of such eventual use cannot transform the communications themselves into personal information, when the information contained therein has no personal content.

[56] The application Judge also erred by misapplying *Dagg* when she referred, in the present context, to the evaluation of the performance of the parties to the ATC communications. An analysis of the *Dagg* case is necessary to further my thought on the matter.

The *Dagg* case

[57] As mentioned earlier, the application Judge quoted (at paragraph 14 of her reasons) the following sentence from paragraph 94 of La Forest J.’s reasons in *Dagg*:

... information relating primarily to individuals themselves or to the manner in which they choose to perform the tasks assigned to them is “personal information”. [Emphasis added by application Judge.]

[58] She later wrote at paragraphs 25 and 26 of her reasons:

In doing its job, the TSB must examine how individuals involved with the occurrence did their jobs. What caused the accident? Were there safety deficiencies? More pointedly, did the actions of the controllers or the pilots involved contribute to the occurrence? One significant way of evaluating the individual performances of the personnel is through the ATC

[55] La juge de première instance n’a pas bien saisi la fonction des communications ATC et la mission du BST quand elle a dit que « l’unique raison d’être des communications ATC est de permettre, justement, d’évaluer, en cas d’incident, le comportement ou l’action des personnes ayant pris part à ces communications » (paragraphe 25). Cette interprétation n’est pas dans l’esprit des paragraphes 7(1), (2) et 29(6) de la Loi sur le BST, et on ne la trouve pas non plus dans les arguments avancés par le BST devant la Cour (paragraphe 25 de son exposé des faits et du droit, mentionné au paragraphe 19 des présents motifs). Les communications ATC, une fois combinées à d’autres renseignements, pourraient bien dans certains cas être utilisées pour une évaluation des actions de leurs auteurs. Cependant, une telle éventualité ne saurait transformer en soi ces communications en des renseignements personnels, alors que les renseignements qu’elles contiennent n’ont pas de contenu personnel.

[56] La juge de première instance a aussi appliqué erronément l’arrêt *Dagg* quand elle s’est référée, dans le présent contexte, au comportement ou à l’action des personnes ayant pris part aux communications ATC. Une analyse de l’arrêt *Dagg* s’impose ici pour développer ma pensée.

L’arrêt *Dagg*

[57] Comme je l’ai dit plus haut, la juge de première instance a repris (au paragraphe 14 de ses motifs) la phrase suivante qui apparaît au paragraphe 94 des motifs exposés par le juge La Forest dans l’arrêt *Dagg* :

[...] les renseignements qui concernent principalement des personnes elles-mêmes ou la manière dont elles choisissent d’accomplir les tâches qui leur sont confiées sont des « renseignements personnels ». [Souligné par la juge de première instance.]

[58] Elle écrivait plus loin ce qui suit, aux paragraphes 25 et 26 de ses motifs :

Dans le cadre de la mission qui lui est confiée, le BST doit se pencher sur la manière dont les individus en cause ont accompli les tâches qui leur incombent. Quelle est la cause de l’accident? Y a-t-il eu des manquements à la sécurité? Plus précisément, les actions des contrôleurs ou des pilotes en cause ont-elles contribué à l’accident? Les communications

communications. The ATC communications are used to assess the manner in which the air traffic controllers and the aircraft personnel chose to perform the tasks assigned to them. A simple way of looking at this information is that the sole purpose for the existence of the ATC communications is to carry out an evaluation of the performance of the parties to those communications in the event that something goes wrong.

For these reasons, I conclude that the ATC communications are “about” the individuals involved.

[59] In *Dagg*, the Court was called upon to determine whether copies of logs with the names, identification numbers and signatures of Department of Finance employees entering and leaving the workplace on weekends was information that “relates to the position or functions of the individual, as defined in the exception set out in s. 3(j) of the Privacy Act” (per Gonthier J. in *RCMP*, at paragraph 20; my emphasis).

[60] Speaking for the *Dagg* majority comprised of Lamer C.J., Sopinka, McLachlin [as she then was] and Iacobucci JJ., Cory J. agreed with La Forest J., dissenting, with whom L’Heureux-Dubé, Gonthier and Major JJ. concurred, that the names on the sign-in logs were “personal information” for the purpose of section 3 of the *Privacy Act*. However, he said that he arrived “at a different conclusion with respect to the application of s. 3 ‘personal information’ (j)” (paragraph 1).

[61] Cory J. stated the following (at paragraphs 5 and 6 of *Dagg*):

La Forest J. holds, at para. 94, that the purpose of s. 3(j) and s. 3(j)(iii) of the *Privacy Act* is:

. . . to exempt only information attaching to positions and not that which relates to specific individuals. Information relating to the position is thus not “personal information”, even though it may incidentally reveal something about named persons. Conversely, information relating primarily to individuals themselves or to the manner in which they choose to perform

ATC sont un des moyens importants d’évaluer le comportement individuel des personnes concernées. Les communications ATC servent à évaluer la manière dont les contrôleurs de la circulation aérienne et le personnel navigant ont choisi d’accomplir les tâches qui leur sont confiées. Très simplement, on peut dire que l’unique raison d’être des communications ATC est de permettre, justement, d’évaluer, en cas d’incident, le comportement ou l’action des personnes ayant pris part à ces communications.

Pour ces motifs, je conclus que ces communications « concernent » les individus en cause.

[59] Dans l’arrêt *Dagg*, la Cour suprême devait dire si les copies des feuilles portant les noms, numéros d’identification et signatures des employés du ministère des Finances qui étaient entrés au travail certaines fins de semaine constituaient des renseignements « portant sur [leur] poste ou [leurs] fonctions », au sens de l’exception établie par l’alinéa 3j) de la Loi sur la protection des renseignements personnels » (juge Gonthier, arrêt *GRC*, au paragraphe 20; non souligné dans l’original).

[60] S’exprimant dans l’arrêt *Dagg* pour les juges majoritaires, à savoir le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin [tel était alors son titre] et Iacobucci, le juge Cory avait reconnu avec le juge La Forest, dissident, à l’avis duquel avaient souscrit les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et Major, que les noms apparaissant sur les feuilles de présence étaient des « renseignements personnels » aux fins de l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Toutefois, il écrivait, au paragraphe 1, qu’il était arrivé « à une autre conclusion quant à l’application de l’al. 3 “renseignements personnels” j) » (paragraphe 1).

[61] Le juge Cory s’était exprimé ainsi (aux paragraphes 5 et 6 de l’arrêt *Dagg*) :

Le juge La Forest conclut, au par. 94, que l’al. 3j) et le sous-al. 3j)(iii) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* :

[. . .] ont pour objet d’exempter seulement les renseignements relatifs aux postes et non ceux concernant telle ou telle personne. Les renseignements relatifs au poste ne sont donc pas des « renseignements personnels », bien qu’ils puissent incidemment révéler quelque chose au sujet des personnes nommées. Par contre, les renseignements qui concernent

the tasks assigned to them is “personal information”. [Emphasis in original.]

I agree. Moreover, I agree with La Forest J. that “[g]enerally speaking, information relating to the position . . . will consist of the kind of information disclosed in a job description”, such as “the terms and conditions associated with a particular position, including . . . qualifications, duties, responsibilities, hours of work and salary range” (para. 95).

[62] Cory J. said that he agreed in principle with that part of paragraph 94 of La Forest J.’s decision which contains the words also quoted by the application Judge in the case at bar. He further agreed with La Forest J. (at his paragraph 95) that “[g]enerally speaking, information relating to the position . . . will consist of the kind of information disclosed in a job description” such as “the terms and conditions associated with a particular position, including . . . qualifications, duties, responsibilities, hours of work and salary range”. However, Cory J. applied these conditions differently (paragraphs 8 and 9 of *Dagg*). He disagreed with La Forest J.’s conclusion that since the requested information was not about the nature of a position, but about the individual, it should be kept confidential. Cory J. for the majority held that the requested information “related to the position or functions of the individual” and was excepted from “personal information”. He ordered that the requested information be released.

[63] Read in context, La Forest J.’s comment at paragraph 94 of *Dagg* (“the manner in which they choose to perform the tasks assigned to them is ‘personal information’”) properly relates only to officers and employees of government institutions, that is to the exception contained in paragraph 3(j) of the *Privacy Act*. This distinction between information relating to the position versus that relating to the person is inapplicable and indeed irrelevant in respect of the general definition of “personal information” (“information about an identifiable individual”) (see

principalement des personnes elles-mêmes ou la manière dont elles choisissent d’accomplir les tâches qui leur sont confiées sont des « renseignements personnels ». [Souligné dans l’original.]

Je suis d’accord. En outre, je conviens avec le juge La Forest qu’« [e]n général, les renseignements concernant le poste [. . .] sont du genre de ceux qu’on trouve dans la description de travail », telles que « les conditions liées au poste, dont les qualités requises, les attributions, les responsabilités, les heures de travail et l’échelle de traitement » (par. 95).

[62] Le juge Cory disait qu’il souscrivait en principe à cette portion du paragraphe 94 des motifs du juge La Forest, qui renferme les mots également repris par la juge de première instance dans la présente affaire. Il partageait également l’avis du juge La Forest (exprimé au paragraphe 95 de ses motifs) selon lequel « [e]n général, les renseignements concernant le poste [...] sont du genre de ceux qu’on trouve dans la description de travail », par exemple « les conditions liées au poste, dont les qualités requises, les attributions, les responsabilités, les heures de travail et l’échelle de traitement ». Toutefois, le juge Cory a appliqué ces conditions différemment (paragraphes 8 et 9 de l’arrêt *Dagg*). Il s’est dit en désaccord avec le juge La Forest, qui concluait que, puisque les renseignements demandés ne concernaient pas la nature d’un poste, mais l’individu, ils devaient demeurer confidentiels. S’exprimant pour les juges majoritaires, le juge Cory a estimé que les renseignements demandés étaient des renseignements « portant sur son poste ou ses fonctions » et qu’ils n’étaient donc pas des « renseignements personnels ». Il a ordonné que les renseignements demandés soient communiqués.

[63] Lue dans son contexte, l’observation du juge La Forest, au paragraphe 94 de l’arrêt *Dagg* (« les renseignements qui concernent [...] la manière dont elles choisissent d’accomplir les tâches qui leur sont confiées sont des “renseignements personnels” »), ne concerne à proprement parler que les cadres et employés des institutions fédérales, c’est-à-dire l’exception contenue dans l’alinéa 3j) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Cette distinction entre renseignements portant sur le poste et renseignements portant sur la personne est inapplicable, voire hors de

also *RCMP*, at paragraphs 37 and 38).

[64] NAV CANADA's employees are not officers or employees of a government institution. So La Forest J.'s comments, concerning the salience of the distinction between information attaching to the position and that relating to specific individuals, are not applicable to them. The application Judge thus erred when she applied this distinction directly in the case at bar.

Paragraph 20(1)(b) of the Access Act

[65] Having concluded that the ATC communications at issue are not personal information under section 3 of the *Privacy Act*, I must address the alternative issue raised by NAV CANADA (the only responding party pleading this point), namely, whether the disclosure of such information is prohibited under paragraph 20(1)(b) of the Access Act, which reads:

Third Party Information

20. (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

...

(b) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party;

[66] For this paragraph to apply, it must be shown that:

(i) the information is financial, commercial, scientific or technical information;

(ii) the information is confidential;

(iii) the information is supplied to a government institution by a third party; and

propos, quant à la définition générale de « renseignements personnels » (« renseignements concernant un individu identifiable ») (voir aussi l'arrêt *GRC*, aux paragraphes 37 et 38).

[64] Les employés de NAV CANADA ne sont pas des cadres ou des employés d'une institution fédérale. Les observations du juge La Forest à propos de la pertinence de la distinction entre renseignements portant sur le poste et renseignements portant sur la personne ne s'appliquent donc pas à eux. La juge de première instance a donc commis une erreur en faisant directement cette distinction dans la présente affaire.

L'alinéa 20(1)b) de la Loi sur l'accès à l'information

[65] Étant arrivée à la conclusion que les communications ATC en cause ici ne sont pas des renseignements personnels selon l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, je dois examiner la question subsidiaire soulevée par NAV CANADA (la seule partie intimée à avoir plaidé cet aspect) : la divulgation de tels renseignements est-elle interdite en vertu de l'alinéa 20(1)b) de la *Loi sur l'accès à l'information*? Cet alinéa est ainsi rédigé :

Renseignements de tiers

20. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant :

[. . .]

b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;

[66] Pour que cette disposition soit applicable, il faut montrer que :

(i) les renseignements en cause sont des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques;

(ii) les renseignements sont de nature confidentielle;

(iii) les renseignements sont fournis à une institution fédérale par un tiers; et

(iv) the information has been treated consistently in a confidential manner by a third party.

[67] NAV CANADA claims that as part of its business it is required by law to maintain records of all radiocommunications between controllers and pilots. In the context of its unique business, NAV CANADA claims that ATC communications are “commercial” communications under paragraph 20(1)(b) of the Access Act. It also says that because the tapes and transcripts are complex and difficult to understand, they constitute “technical” information.

[68] I disagree.

[69] Common sense with the assistance of dictionaries (*Air Atonabee Ltd v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 37 Admin. L.R. 245 (F.C.T.D.) (*Air Atonabee*), at page 268) dictates that the word “commercial” connotes information which in itself pertains to trade (or commerce). It does not follow that merely because NAV CANADA is in the business of providing air navigation services for a fee, the data or information collected during an air flight may be characterized as “commercial”.

[70] It is also incorrect in my view to characterize the entire record collected during an air navigation flight as being “technical” information when only a specific part might be, for instance when precise flight instructions are given.

[71] The second requirement under the paragraph 20(1)(b) disclosure exemption is that the information in question must be confidential.

[72] The jurisprudence establishes that confidentiality must be judged according to an objective standard: the information itself must be “confidential by its intrinsic nature” (*Société Gamma Inc. v. Canada (Secretary of State)* (1994), 27 Admin. L.R. (2d) 102 (F.C.T.D.), at paragraph 8 (*Société Gamma*); *Air Atonabee*; *Cyanamid Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health*

(iv) les renseignements ont été traités de façon constante comme des renseignements de nature confidentielle par ce tiers.

[67] NAV CANADA dit que, dans le cadre de ses activités, elle est requise par la loi de conserver des registres de toutes les radiocommunications échangées entre les contrôleurs et les pilotes. Dans le contexte de ses activités très particulières, NAV CANADA dit que les communications ATC sont des communications « commerciales » au sens de l’alinéa 20(1)b) de la *Loi sur l’accès à l’information*. Elle dit aussi que, parce que les bandes et les transcriptions sont complexes et difficiles à comprendre, elles constituent des renseignements « techniques ».

[68] Je ne partage pas ce point de vue.

[69] Le bon sens et l’aide des dictionnaires (*Air Atonabee Ltd c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. n° 453 (1^{re} inst.) (QL) (*Air Atonabee*), au paragraphe 35 nous enseignent que le mot « commercial », appliqué à un renseignement, intéresse en soi le commerce. Il ne s’ensuit pas que, du seul fait que les activités de NAV CANADA consistent à fournir, contre rémunération, des services de navigation aérienne, les renseignements recueillis durant un vol peuvent être qualifiés de « commerciaux ».

[70] Il est inexact aussi à mon avis de prétendre que l’enregistrement tout entier établi à l’occasion d’un vol constitue des renseignements « techniques » quand seule une partie de cet enregistrement pourrait être ainsi qualifiée, par exemple lorsque sont données des directives précises de vol.

[71] La deuxième condition de l’exception établie dans l’alinéa 20(1)b) est que les renseignements en cause doivent être de nature confidentielle.

[72] Selon la jurisprudence, la question de la confidentialité doit être tranchée objectivement : les renseignements mêmes doivent être « intrinsèquement confidentiels » (*Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétariat d’État)*, [1994] A.C.F. n° 589 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 8 (*Société Gamma*); *Air Atonabee*; *Cyanamid Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé*

and Welfare) (1992), 41 C.P.R. (3d) 512 (F.C.T.D.); *affd* (1992), 9 Admin. L.R. (2d) 161 (F.C.A.); *Merck Frosst Canada & Co. v. Canada (Minister of Health)*, [2006] 1 F.C.R. 379 (F.C.A.)). In *Air Atonabee*, Mackay J. suggested the following approach to determine whether a particular record contained “confidential information” (at page 272):

... whether information is confidential will depend upon its content, its purpose and the circumstances in which it is compiled and communicated, namely:

(a) that the content of the record be such that the information it contains is not available from sources otherwise accessible by the public or that could not be obtained by observation or independent study by a member of the public acting on his own,

(b) that the information originate and be communicated in a reasonable expectation of confidence that it will not be disclosed, and

(c) that the information be communicated, whether required by law or supplied gratuitously, in a relationship between government and the party supplying it that is either a fiduciary relationship or one that is not contrary to the public interest, and which relationship will be fostered for public benefit by confidential communication.

This Court recently endorsed this approach in *Canada (Minister of Public Works and Government Services) v. Hi-Rise Group Inc.* (2004), 318 N.R. 242 (F.C.A.) (*Hi-Rise*).

[73] The burden of persuasion with respect to the confidential nature of the information clearly rests upon the responding parties (*Canada (Information Commissioner) v. Atlantic Canada Opportunities Agency* (1999), 250 N.R. 314 (F.C.A.), at paragraph 3 (*Atlantic Canada*); *Wyeth-Ayerst Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 6 Admin. L.R. (4th) 73 (F.C.A.), at paragraph 19). To satisfy their burden in this regard, the responding parties must provide “actual direct evidence” of the confidential nature of the information at issue (*Atlantic Canada*, at paragraph 3), which must disclose “a reasonable explanation for exempting each record” (*Wyeth-Ayerst*, at paragraph

et du Bien-être social), [1992] A.C.F. n° 144 (1^{re} inst.) (QL); confirmée par [1992] A.C.F. n° 950 (C.A.) (QL); *Merck Frosst Canada & Co. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2006] 1 R.C.F. 379 (C.A.F.)). Dans la décision *Air Atonabee*, le juge Mackay proposait la démarche suivante pour savoir si un document donné contenait des « renseignements confidentiels » (au paragraphe 41) :

[...] la question de savoir si un renseignement est de nature confidentielle dépend de son contenu, de son objet et des circonstances entourant sa préparation et sa communication, c'est-à-dire :

a) le contenu du document est tel que les renseignements qu'il contient ne peuvent être obtenus de sources auxquelles le public a autrement accès, ou ne peuvent être obtenus par observation ou par étude indépendante par un simple citoyen agissant de son propre chef;

b) les renseignements doivent avoir été transmis confidentiellement avec l'assurance raisonnable qu'ils ne seront pas divulgués;

c) les renseignements doivent être communiqués, que ce soit parce que la loi l'exige ou parce qu'ils sont fournis gratuitement, dans le cadre d'une relation de confiance entre l'administration et la personne qui les fournit ou dans le cadre d'une relation qui n'est pas contraire à l'intérêt public, et la communication des renseignements confidentiels doit favoriser cette relation dans l'intérêt du public.

La Cour a récemment entériné cette manière de voir dans *Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux) c. Hi-Rise Group Inc.*, 2004 CAF 99 (*Hi-Rise*).

[73] C'est manifestement aux parties intimées qu'il appartient de persuader la Cour du caractère confidentiel des renseignements (*Canada (Commissaire à l'information) c. Agence de promotion économique du Canada atlantique*, [1999] A.C.F. n° 1723 (C.A.) (QL), au paragraphe 3 (*APECA*); *Wyeth-Ayerst Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 257, au paragraphe 19). Pour s'acquitter de cette obligation de persuasion, les parties intimées doivent apporter une « preuve directe » de la nature confidentielle des renseignements en cause (arrêt *APECA*, au paragraphe 3), une preuve qui contient « une explication raisonnable [leur] permettant de refuser la communication de

20); “evidence which is vague or speculative in nature cannot be relied upon to justify an exemption under subsection 20(1)” (*Wyeth-Ayerst*, at paragraph 20).

[74] In my opinion, the evidence provided by NAV CANADA is plainly insufficient to discharge this burden on a balance of probabilities. NAV CANADA’s submissions with respect to this issue can be divided into three categories, which I will analyse in turn: first, NAV CANADA has maintained a consistent policy and practice of confidentiality of ATC communications; second, the reasonable expectations of pilots and controllers supports such confidentiality; and third, disclosure for investigative purposes only is in the public interest.

[75] First, NAV CANADA relies upon its own policies and consistent past practice to establish the confidentiality of the records at issue. Such evidence—which essentially only substantiates a heretofore unchallenged subjective belief that the records are confidential—is insufficient to satisfy the objective test (*Wyeth-Ayerst*, at paragraph 21). The evidence does not elaborate, by reference to the information actually contained within the records at issue, as to how or why the information is objectively confidential. The fact that information has been kept confidential in the past—and NAV CANADA’s assertion in this regard is disputed by the Commissioner—is at most only a factor to be considered in determining whether the information is confidential for the purposes of paragraph 20(1)(b) (*Hi-Rise*, at paragraph 38; *Atlantic Canada*, at paragraph 4; *Société Gamma*, at paragraph 8; *Ottawa Football Club v. Canada (Minister of Fitness and Amateur Sports)*, [1989] 2 F.C. 480 (T.D.), at page 487 (*Ottawa Football*)).

[76] Second, NAV CANADA suggests that there is a reasonable expectation of privacy in the ATC communications on the part of the pilots and controllers

documents » (arrêt *Wyeth-Ayerst*, au paragraphe 20); « [l]a preuve par affidavit, qui dans l’ordre des choses est vague ou spéculative, ne peut servir d’appui pour justifier une exception en vertu du paragraphe 20(1) de la Loi » (arrêt *Wyeth-Ayerst*, au paragraphe 20).

[74] À mon avis, NAV CANADA ne s’est tout simplement pas acquittée de son obligation de persuasion, selon la prépondérance de la preuve. Les arguments de NAV CANADA sur cet aspect peuvent être répartis en trois catégories, que j’analyserai successivement : d’abord, NAV CANADA a toujours eu pour principe et comme pratique de préserver la confidentialité des communications ATC; deuxièmement, les attentes raisonnables des pilotes et des contrôleurs militent en faveur d’une telle confidentialité; et troisièmement, une divulgation à des fins d’enquête uniquement est conforme à l’intérêt public.

[75] D’abord, NAV CANADA s’en rapporte à ses propres politiques et à sa pratique constante pour établir la confidentialité des documents en cause. Cette preuve—qui pour l’essentiel ne fait qu’appuyer une croyance subjective, jusqu’à maintenant non contestée, selon laquelle les documents sont confidentiels—ne suffit pas à satisfaire au critère objectif (arrêt *Wyeth-Ayerst*, au paragraphe 21). Cette preuve ne dit pas, par référence aux renseignements effectivement contenus dans les documents en cause, en quoi ou pourquoi les renseignements sont objectivement confidentiels. Le fait que les renseignements aient toujours été tenus confidentiels—et l’affirmation de NAV CANADA sur ce point est contestée par le commissaire—n’est au mieux qu’un facteur à prendre en compte pour savoir si les renseignements sont confidentiels aux fins de l’alinéa 20(1)(b) (arrêt *Hi-Rise*, au paragraphe 38; arrêt *APECA*, au paragraphe 4; décision *Société Gamma*, au paragraphe 8; *Ottawa Football Club c. Canada (Ministre de la Condition physique et du Sport amateur)*, [1989] 2 C.F. 480 (1^{re} inst.), à la page 487, (la décision *Ottawa Football Club*)).

[76] Deuxièmement, NAV CANADA dit que les pilotes et contrôleurs dont les voix et propos sont enregistrés s’attendent légitimement à la confidentialité

whose voices and utterances are recorded. NAV CANADA points in this regard to the confidentiality provisions of the collective agreements with its unions. This consideration cannot, however, be determinative of the status of this information under the Access Act: private parties cannot through such agreements alone contract out of the express statutory provisions of the Access Act (*Hi-Rise*, at paragraph 38; *Ottawa Football*, at page 487). At most, such agreements may be taken into account in the final analysis, to support other objective evidence of confidentiality.

[77] Third, NAV CANADA argues that the ATC communications are produced to the Board on demand as required by law, for investigative purposes only. The confidentiality of these records, NAV Canada asserts, reflects Canada's international obligations under Article 5.12, Annex 13 of the ICAO Convention (discussed above at paragraph 13 of these reasons), and is in the public interest.

[78] Considerations of the public interest are indeed relevant to the determination of whether the records at issue are confidential for the purposes of paragraph 20(1)(b): the jurisprudence recognizes that the maintenance of confidentiality is justified under the Access Act if it fosters a confidential relationship with public benefit (see *Hi-Rise*, at paragraph 38, *Air Atonabee*, at paragraph 41). In this regard, the considerations mandated by the Access Act appear consistent with Canada's international obligations under Article 5.12, which directs the maintenance of confidentiality unless "disclosure outweighs the adverse domestic and international impact such action may have on that or any future investigations". However, in the case at bar, NAV CANADA has provided no supporting explanation as to how or why the maintenance of confidentiality serves the public interest, in the circumstances of the records at issue. A bald assertion in this regard is insufficient to overcome the general right of access established by the Access Act.

des communications ATC. NAV CANADA signale à cet égard les dispositions en matière de confidentialité qui se trouvent dans les conventions collectives conclues avec ses syndicats. Ce facteur ne permet cependant pas de trancher la question du statut de tels renseignements au regard de la *Loi sur l'accès à l'information* : les parties aux conventions collectives ne sauraient, par le seul effet de ces conventions, se soustraire aux dispositions explicites de la *Loi sur l'accès à l'information* (*Hi-Rise*, au paragraphe 38; *Ottawa Football Club*, à la page 487). De telles conventions pourraient tout au plus être prises en compte en fin d'analyse, au soutien des preuves objectives de confidentialité.

[77] Troisièmement, NAV CANADA fait valoir que les communications ATC sont transmises au BST sur demande, ainsi que le requiert la loi, à des fins d'enquête uniquement. La confidentialité de ces documents, d'affirmer NAV CANADA, reflète les obligations internationales du Canada aux termes de l'article 5.12, annexe 13, de la Convention de l'OACI (évoqué ci-dessus, au paragraphe 13 des présents motifs), et elle est conforme à l'intérêt public.

[78] Les considérations touchant l'intérêt public intéressent effectivement le point de savoir si les documents en cause sont confidentiels aux fins de l'alinéa 20(1)(b) : la jurisprudence reconnaît que la confidentialité d'un renseignement est justifiée, en dépit de la *Loi sur l'accès à l'information* si elle favorise un rapport de confidentialité dans l'intérêt public (voir *Hi-Rise*, au paragraphe 38, et *Air Atonabee*, au paragraphe 41). Sur ce point, les facteurs à prendre en compte selon la *Loi sur l'accès à l'information* semblent conformes aux obligations internationales du Canada selon l'article 5.12, qui prévoit que la confidentialité des renseignements doit être préservée à moins que « leur divulgation importe plus que les incidences négatives que cette mesure risque d'avoir, au niveau national et international, sur l'enquête ou sur toute enquête ultérieure ». Toutefois, en l'espèce, NAV CANADA n'a pas expliqué en quoi ni pourquoi le fait de préserver la confidentialité des renseignements en cause ici est conforme à l'intérêt public. Une simple affirmation en la matière ne suffit pas à écarter le droit général d'accès qui est conféré par la *Loi sur l'accès à l'information*.

[79] In my view, therefore, NAV CANADA has not satisfied its burden of showing that the ATC communications are confidential within the meaning of paragraph 20(1)(b). Since the first two requirements of paragraph 20(1)(b) are not met, I need not consider the other criteria of this provision. I conclude that the ATC communications at issue do not qualify for exemption from disclosure under paragraph 20(1)(b) of the Access Act.

Conclusion in file A-165-05

[80] The appeal should be allowed with costs in this Court and the decision of the application Judge should be set aside. Rendering the decision she should have rendered, I would grant the four applications for judicial review and would order the Safety Board to disclose the requested records.

[81] The Commissioner is seeking costs throughout. Since the Commissioner, the Safety Board and the Attorney General had agreed not to seek costs against each other in the Federal Court, I find that I should not disrupt their agreement. No costs should therefore be awarded to the Commissioner against those parties in the Federal Court. Considering moreover that the Commissioner indicated, in the Federal Court, that he was not seeking costs against NAV CANADA, no costs should be awarded to the Commissioner against NAV CANADA.

File A-304-05

[82] The appellant appeals an order for costs in favour of NAV CANADA pronounced by the application Judge in an order dated June 8, 2005.

[83] Since I conclude, in file A-165-05, that the appeal should be allowed and the decision of the application Judge should be set aside, her order of costs cannot stand. This appeal should be allowed and her order as to costs should be set aside.

[79] À mon avis, par conséquent, NAV CANADA n'a pas rempli son obligation de prouver que les communications ATC sont confidentielles au sens de l'alinéa 20(1)b). Puisque les deux premières conditions de l'alinéa 20(1)b) ne sont pas observées, il ne m'est pas nécessaire d'examiner les autres conditions énoncées dans cette disposition. J'arrive à la conclusion que l'alinéa 20(1)b) de la *Loi sur l'accès à l'information* ne s'applique pas en l'espèce et que les communications ATC en cause ici ne peuvent donc pas être soustraites à la divulgation.

Dispositif pour le dossier A-165-05

[80] L'appel devrait être accueilli, avec dépens dans la présente instance devant la Cour d'appel fédérale, et la décision de la juge de première instance devrait être annulée. Rendant la décision qu'elle aurait dû rendre, je ferais droit aux quatre demandes de contrôle judiciaire et j'ordonnerais au BST de divulguer les documents demandés.

[81] Le commissaire voudrait obtenir ses dépens en première instance et en appel. Puisque le commissaire, le BST et le procureur général étaient convenus de ne pas requérir l'adjudication de dépens entre eux devant la Cour fédérale, je suis d'avis qu'il ne m'appartient pas de modifier leur entente. Il ne devrait donc pas être adjugé de dépens au commissaire à l'encontre des autres parties devant la Cour fédérale. Compte tenu par ailleurs que le commissaire a fait savoir, devant la Cour fédérale, qu'il ne sollicitait pas de dépens à l'encontre de NAV CANADA, il ne devrait pas être adjugé de dépens au commissaire à l'encontre de NAV CANADA.

Dossier A-304-05

[82] L'appelant fait appel d'une ordonnance d'adjudication de dépens rendue en faveur de NAV CANADA par la juge de première instance le 8 juin 2005.

[83] Puisque j'arrive à la conclusion, dans le dossier A-165-05, que l'appel devrait être accueilli et que la décision de la juge de première instance devrait être annulée, son ordonnance d'adjudication de dépens ne vaut plus. Cet appel devrait être accueilli, et

l'ordonnance d'adjudication de dépens rendue par la juge de première instance devrait être annulée.

RICHARD C.J.: I agree.

LE JUGE EN CHEF RICHARD : Je souscris aux présents motifs.

EVANS J.A.: I agree.

LE JUGE EVANS, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

T-307-96
2006 FC 553

T-307-96
2006 CF 553

Chief Harvey Baptiste, Dave Bearspaw, Darcy Dixon, Rex Daniels, John Lefthand Jr., Chief Ken Soldier, Frank Crawler, Bruce Labelle, Margery Twoyoungmen, Chief Ernest Wesley, Irby Cecil, Watson Kaquitts, Charlie Abraham suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Stoney Band, and Chief Harvey Baptiste, Dave Bearspaw, Darcy Dixon, Rex Daniels, John Lefthand Jr. suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Bearspaw Band, and Chief Ken Soldier, Frank Crawler, Bruce Labelle, Margery Twoyoungmen suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Chiniki Band, and Chief Ernest Wesley, Irby Cecil, Watson Kaquitts, Charlie Abraham suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Wesley Band and the said Stoney Band (*Respondents/Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Minister of Indian and Northern Affairs and the Minister of the Environment (*Applicant/Defendant*)

INDEXED AS: STONEY BAND v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS) (F.C.)

Federal Court, Campbell J.—Vancouver, April 4, 5, 6; Ottawa, May 3, 2006.

Practice — Stay of Proceedings — Federal Courts Act, s. 50.1 motion to stay plaintiffs' action as result of Federal Court of Appeal decision Federal Court lacking jurisdiction over defendant's third-party proceedings — S. 50.1 requiring Court to issue stay as third-party proceedings beyond its jurisdiction, Crown proving bona fide desire to institute proceedings in provincial court — Not for Court to determine whether third-party proceedings proper — Motion granted.

Le chef Harvey Baptiste, Dave Bearspaw, Darcy Dixon, Rex Daniels, John Lefthand fils, le chef Ken Soldier, Frank Crawler, Bruce Labelle, Margery Twoyoungmen, le chef Ernest Wesley, Irby Cecil, Watson Kaquitts et Charlie Abraham, agissant en leur propre nom et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Stoney, et le chef Harvey Baptiste, Dave Bearspaw, Darcy Dixon, Rex Daniels et John Lefthand fils, agissant en leur propre nom et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Bearspaw, et le chef Ken Soldier, Frank Crawler, Bruce Labelle et Margery Twoyoungmen, agissant en leur propre nom et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Chiniki, et le chef Ernest Wesley, Irby Cecil, Watson Kaquitts et Charlie Abraham, agissant en leur propre nom et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Wesley et ladite bande indienne de Stoney (*défendeurs/demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord et par le ministre de l'Environnement (*demanderesse/défenderesse*)

RÉPERTORIÉ : BANDE INDIENNE DE STONEY c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD) (C.F.)

Cour fédérale, juge Campbell—Vancouver, 4, 5 et 6 avril; Ottawa, 3 mai 2006.

Pratique — Suspension d'instance — Requête en vue d'obtenir la suspension de l'action des demandeurs en application de l'art. 50.1 de la Loi sur les Cours fédérales en raison de la décision de la Cour d'appel fédérale comme quoi la Cour fédérale n'avait pas compétence sur la procédure de mise en cause intentée par la défenderesse — L'art. 50.1 obligeait la Cour à ordonner la suspension parce que la procédure de mise en cause outrepassait sa compétence et la Couronne avait prouvé qu'elle avait véritablement l'intention d'engager une procédure devant un tribunal provincial — Il ne revenait pas à la Cour de se prononcer sur le bien-fondé de la procédure de mise en cause — Requête accueillie.

Constitutional Law — Distribution of Powers — Federal Courts Act, s. 50.1, requiring stay of proceedings if Court not having jurisdiction over Crown's third-party proceedings, procedural in nature, not intruding into provincial head of power — S. 50.1 also not violating principles of separation of powers, judicial independence, judicial impartiality — Access to justice not denied as hearing available to plaintiffs, albeit not in court of their choice.

Construction of Statutes — Federal Courts Act, s. 50.1 providing action to be stayed in any cause against Crown where Crown desiring to institute third-party proceedings in respect of which Court lacking jurisdiction — Interpretation of “Crown desires” — Legislative context reviewed — On Act, s. 50.1 motion, Court not having to examine propriety of Crown's desire to institute third-party proceedings.

This was a motion, brought pursuant to section 50.1 of the *Federal Courts Act*, to stay the plaintiffs' action (seeking to enforce their *sui generis* fiduciary relationship with the Crown) as a result of the Federal Court of Appeal's decision ([2006] 1 F.C.R. 570) that the Federal Court did not have jurisdiction over the defendant's third-party proceedings (claiming contribution or indemnity).

Section 50.1 provides that a stay of proceedings shall be granted “in any cause or matter in respect of a claim against the Crown where the Crown desires to institute . . . third-party proceedings in respect of which the Federal Court lacks jurisdiction.” The plaintiffs argued that Canada lacked the legal basis to obtain a stay, and that section 50.1 was unconstitutional.

Held, the motion should be granted.

The Court must issue a stay under section 50.1 if third-party proceedings are found to be beyond the jurisdiction of the Court, and the Crown has proved a *bona fide* desire to institute these proceedings in a provincial court. The Federal Court of Appeal has decided that the Federal Court has no jurisdiction to render a decision with respect to the propriety of the third-party proceedings. As to the plaintiffs' argument that there must be a legal basis for the desire to institute third-party proceedings before it can be found to be *bona fide*, Parliament's intention in enacting section 50.1 clear issues for determination in litigation against the Crown must not be allowed to be split between the Federal Court and provincial

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — L'art. 50.1 de la Loi sur les Cours fédérales dispose que la Cour ordonne la suspension des procédures si elle n'a pas compétence sur la procédure de mise en cause de la Couronne; l'art. 50.1 est de nature procédurale et il n'empêche pas sur une compétence provinciale — En outre, l'art. 50.1 n'est pas contraire aux principes de la séparation des pouvoirs ainsi que de l'indépendance et de l'impartialité de l'appareil judiciaire — Il n'y a pas eu déni d'accès à la justice puisque les demandeurs pouvait obtenir une audition judiciaire, bien qu'elle n'ait pas eu lieu devant le tribunal de leur choix.

Interprétation des lois — L'art. 50.1 de la Loi sur les Cours fédérales dispose que la Cour fédérale ordonne la suspension des procédures relatives à toute réclamation contre la Couronne à l'égard de laquelle cette dernière entend procéder à une mise en cause pour laquelle la Cour n'a pas compétence — Interprétation des mots « la Couronne [. . .] entend » — Examen du contexte législatif — La Cour n'avait pas, dans le cadre d'une requête présentée en vertu de l'art. 50.1 de la Loi, à se prononcer sur le bien-fondé de l'intention de la Couronne d'engager une procédure de mise en cause.

Il s'agissait d'une requête en vue d'obtenir la suspension de l'action des demandeurs (afin de faire respecter leur relation fiduciaire *sui generis* avec la Couronne) en application de l'article 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* par suite d'une décision ([2006] 1 R.C.F. 570) par laquelle la Cour d'appel fédérale a conclu que la Cour fédérale n'avait pas compétence sur la procédure de mise en cause intentée par la défenderesse (réclamant une contribution ou une indemnité).

L'article 50.1 dispose que la Cour fédérale ordonne la suspension des procédures relatives « à toute réclamation contre la Couronne à l'égard de laquelle cette dernière entend [. . .] procéder à une mise en cause pour [laquelle] la Cour n'a pas compétence ». Les demandeurs ont plaidé que le Canada ne disposait pas du fondement juridique requis pour obtenir une suspension et que l'article 50.1 était inconstitutionnel.

Jugement : la requête doit être accueillie.

La Cour doit accorder une suspension en vertu de l'article 50.1 lorsqu'on conclut qu'une procédure de mise en cause outrepassa la compétence de la Cour et que la Couronne a prouvé qu'elle a véritablement l'intention d'engager la procédure de mise en cause devant un tribunal provincial. La Cour d'appel fédérale a décidé que la Cour fédérale n'a pas compétence pour se prononcer de quelque manière sur le bien-fondé de la procédure de mise en cause. Pour ce qui est de l'argument des demandeurs selon lequel l'intention d'engager une procédure de mise en cause doit avoir un fondement juridique avant que l'on puisse conclure qu'il s'agit d'une intention véritable, l'intention qu'avait le

courts. There was no support for an expansion of *bona fide* intention. Canada's motion thus did not lack a legal basis. There was sufficient evidence to prove that Canada had a *bona fide* desire to commence third-party proceedings in a provincial court.

Parliament had the authority to enact section 50.1 under either section 91 or section 101 (power to establish Courts for the better administration of the laws of Canada) of the *Constitution Act, 1867*. Section 50.1 does not intrude into a provincial head of power by purporting to provide a litigant with the permission to commence an action in a province, thus coming within the legislative authority of the province (i.e. property and civil rights). It is procedural in nature and provides an option to preserve the action stayed by bringing it in a province free from limitation problems. The substance of an action does not fundamentally change when it is recommenced. Therefore the effect of moving an action from the Federal Court to a provincial court does not provide a substantive change. *Bastien v. Canada* (which found that a section 50.1 stay impinges upon substantive rights) was distinguished as that decision dealt with the transition from one legal regime to another whereas in the case at bar, section 50.1 was already law when the action was commenced. Section 50.1 did not interfere with the provincial limitation legislation at issue here since such legislation did not apply to the recommencement of the claim.

Section 50.1 does not usurp a fundamental power of the Court to stay proceedings in the interests of justice. Following the will of Parliament is not an affront to the principles of separation of powers, judicial independence, or judicial impartiality. The fact that the power to decide in the interests of justice does not exist when applying section 50.1 is simply a limit on jurisdiction placed within the authority of Parliament.

There was no denial of access to justice here. The issue was not about whether the plaintiffs would have a judicial hearing, but about which court would conduct the hearing.

Finally, there was no evidence of an abuse of process by the Crown in the present instance, and there was no conflict between section 50.1 of the Act and subsection 21(2) of the *Crown Liability and Proceedings Act*.

Parlement en adoptant l'article 50.1 est clair : les questions à trancher lors d'un litige contre la Couronne ne doivent pas être scindées entre la Cour fédérale et les tribunaux provinciaux. Aucune justification n'étaye l'élargissement du critère de l'intention véritable. La requête du Canada n'était donc pas dénuée d'un fondement juridique. La preuve était suffisante pour établir que le Canada avait l'intention véritable d'engager une procédure de mise en cause devant un tribunal provincial.

Le Parlement était habilité à promulguer l'article 50.1 en vertu soit de l'article 91, soit de l'article 101 (pouvoir d'établir des tribunaux pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'article 50.1 n'empiète pas sur une compétence provinciale en conférant censément à une partie l'autorisation d'engager une action dans une province, la faisant ainsi relever de l'autorité législative de la province (c.-à-d. la propriété et les droits civils). Cet article est de nature procédurale et offre la possibilité de préserver l'action suspendue en l'engageant dans une province sans problèmes de prescription. L'essentiel d'une action ne change pas fondamentalement lorsqu'elle est reprise. Par conséquent, le transfert d'une action de la Cour fédérale à un tribunal provincial n'a pas pour effet de produire un changement substantiel. La Cour a opéré une distinction par rapport à l'affaire *Bastien c. Canada* (dans laquelle la Cour a statué que l'octroi d'une suspension en vertu de l'article 50.1 empiétait sur les droits substantiels) puisque cette décision avait trait à la transition d'un régime juridique à un autre alors qu'en l'espèce l'article 50.1 était déjà en vigueur lorsque l'action a été engagée. L'article 50.1 ne faisait pas obstacle aux lois provinciales en matière de prescription en cause en l'espèce puisque ces lois ne s'appliquaient pas à la reprise de la demande.

L'article 50.1 n'a pas pour effet d'usurper un pouvoir fondamental de la Cour de suspendre une procédure dans l'intérêt de la justice. Le fait de se conformer à la volonté du Parlement n'est pas contraire aux principes de la séparation des pouvoirs ainsi que de l'indépendance et de l'impartialité de l'appareil judiciaire. L'inexistence du pouvoir de décider d'une affaire dans l'intérêt de la justice lorsqu'on applique l'article 50.1 est tout simplement une limite de compétence fixée dans le cadre des pouvoirs du Parlement.

Il n'y a pas eu déni d'accès à la justice en l'espèce. La question n'était pas de savoir si les demandeurs auraient une audition judiciaire, mais plutôt si la Cour tiendrait cette audition.

Enfin, il n'y avait pas de preuve d'abus de procédure de la part de la Couronne en l'espèce et il n'y avait pas de conflit entre l'article 50.1 de la Loi et le paragraphe 21(2) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15, 24.

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91, 101.

Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), 21 (as am. *idem*, s. 28; 2001, c. 4, s. 45).

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 25), 50 (as am. *idem*, s. 46), 50.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 16; 2002, c. 8, s. 47), 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing, [1989] 1 S.C.R. 641; (1989), 58 D.L.R. (4th) 255; 24 C.P.R. (3d) 417; 93 N.R. 326; 32 O.A.C. 332; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; (1991), 64 C.C.C. (3d) 513; 5 C.R.R. (2d) 31; 5 M.P.L.R. (2d) 113; 128 N.R. 1; 39 Q.A.C. 241.

DISTINGUISHED:

Bastien v. Canada (1992), 57 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias*, [1997] 3 S.C.R. 391; (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; 218 N.R. 81; affd [1997] 1 F.C. 828; (1997), 142 D.L.R. (4th) 270; 208 N.R. 21 (C.A.); *Canada Labour Relations Board et al. v. Paul L'Anglais Inc. et al.*, [1983] 1 S.C.R. 147; (1983), 146 D.L.R. (3d) 202; 83 CLLC 14,033; 47 N.R. 351; *Attorney General of Canada et al. v. Law Society of British Columbia et al.*, [1982] 2 S.C.R. 307; (1982), 137 D.L.R. (3d) 1; [1982] 5 W.W.R. 289; 37 B.C.L.R. 145; 19 B.L.R. 234; 66 C.P.R. (2d) 1; 43 N.R. 451; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Rifou*, [1986] 3 F.C. 486; (1986), 13 C.C.E.L. 293; 86 CLLC 14,046; 25 C.R.R. 164; 72 N.R. 12 (C.A.).

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, 15, 24.

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91, 101.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2° Supp.), ch. 10, art. 18.

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), 21 (mod., *idem*, art. 28; 2001, ch. 4, art. 45).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 25), 50 (mod., *idem*, art. 46), 50.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 16; 2002, ch. 8, art. 47), 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Bastien c. Canada, [1992] A.C.F. n° 221 (1^{re} inst.) (QL); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias*, [1997] 3 R.C.S. 391; conf. par [1997] 1 C.F. 828 (C.A.); *Conseil canadien des relations du travail et autre c. Paul L'Anglais Inc. et autre*, [1983] 1 R.C.S. 147; [1983] R.D.J. 139; *Procureur général du Canada et autres c. Law Society of British Columbia et autre*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Banque canadienne impériale de commerce c. Rifou*, [1986] 3 C.F. 486 (C.A.).

CONSIDERED:

Stoney Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development), [2006] 1 F.C.R. 570; (2005), 256 D.L.R. (4th) 627; [2005] 4 C.N.L.R. 297; 337 N.R. 265; 2005 FCA 220; *Charalambous v. Canada*, T-1715-03, Dawson J., order dated 29/4/04, F.C.; *Aussant v. Canada (Minister of Health and Welfare)*, T-2442-98, Hugessen J., order dated 25/11/05, F.C.; *Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] S.C.R. 529; [1955] 3 D.L.R. 721; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; (1988), 71 Nfld. & P.E.I.R. 93; 53 D.L.R. (4th) 1; [1988] 6 W.W.R. 577; 220 A.P.R. 93; 31 B.C.L.R. (2d) 273; 44 C.C.C. (3d) 289; 88 CLLC 14,047; 44 C.C.C. (3d) 289; 87 N.R. 241; *Christie v. British Columbia (Attorney General)* (2005), 262 D.L.R. (4th) 51; [2006] 2 W.W.R. 610; 48 B.C.L.R. (4th) 267; 136 C.R.R. (2d) 323; 2005 BCCA 631.

REFERRED TO:

Fairford Band v. Canada (Attorney General), [1995] 3 F.C. 165; (1995), 96 F.T.R. 172 (T.D.); *Fédération Franco-ténoise v. Canada*, [2001] 3 F.C. 641; (2001), 203 D.L.R. (4th) 556; 274 N.R. 1; 2001 FCA 220; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146; (2002), 210 D.L.R. (4th) 577; [2002] 6 W.W.R. 1; 1 B.C.L.R. (4th) 1; [2002] 2 C.N.L.R. 143; 165 B.C.A.C. 1; 2002 SCC 31; *McKenzie v. Quebec (Attorney General)*, [1998] 3 C.N.L.R. 112 (Que. C.A.).

AUTHORS CITED

House of Commons Debates, November 1, 1989, pp. 5413-5422.

MOTION for a stay of the plaintiffs' action as a result of the Court's lack of jurisdiction over the defendant's third-party proceedings. Motion granted.

APPEARANCES:

Constance E. O'Laughlin and Shane P. Martin for applicant/defendant.
James A. O'Reilly and Nathan Richards for respondents/plaintiffs.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant/defendant.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Bande de Stoney c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [2006] 1 R.C.F. 570; 2005 CAF 220; *Charalambous c. Canada*, T-1715-03, la juge Dawson, ordonnance en date du 29-4-04, C.F.; *Aussant c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, T-2442-98, le juge Hugessen, ordonnance en date du 25-11-05, C.F.; *Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] R.C.S. 529; [1955] 3 D.L.R. 721; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Christie v. British Columbia (Attorney General)* (2005), 262 D.L.R. (4th) 51; [2006] 2 W.W.R. 610; 48 B.C.L.R. (4th) 267; 136 C.R.R. (2d) 323; 2005 BCCA 631.

DÉCISIONS CITÉES :

Bande de Fairford c. Canada (Procureur général), [1995] 3 C.F. 165 (1^{re} inst.); *Fédération Franco-ténoise c. Canada*, [2001] 3 C.F. 641; 2001 CAF 220; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146; 2002 CSC 31; *McKenzie c. Québec (Procureur général)*, [1998] A.Q. n° 1133 (C.A.) (QL).

DOCTRINE CITÉE

Débats de la Chambre des communes (1^{er} novembre 1989), p. 5413 à 5422.

REQUÊTE en vue d'obtenir la suspension de l'action des demandeurs parce que la Cour n'avait pas compétence sur la procédure de mise en cause intentée par la défenderesse. Requête accueillie.

ONT COMPARU :

Constance E. O'Laughlin et Shane P. Martin pour la demanderesse/défenderesse.
James A. O'Reilly et Nathan Richards pour les défendeurs/demandeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour la demanderesse/défenderesse.

O'Reilly & Associés, Montréal, for respondents/plaintiffs.

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

[1] CAMPBELL J.: In 1996, as Aboriginal people, the plaintiffs (Baptiste) brought the present action against the defendant to enforce their *sui generis* fiduciary relationship with the federal Crown. The cause of action relates to an allegation of illegal logging on Aboriginal land in southwestern Alberta, in relation to which Baptiste says the defendant failed to take the necessary action to protect and preserve Baptiste's rights, interests and property, and thus, breached its special fiduciary duty. In turn, claiming contribution or indemnity, the defendant brought third-party proceedings (the proceedings) against 52 individuals and companies that participated in the removal and processing of the timber.

[2] The precursor event to the present motion is a decision of the Federal Court of Appeal [[2006] 1 F.C.R. 570] in which it is found that this Court lacks jurisdiction over the proceedings initiated by the defendant. As a result, the Attorney General of Canada on behalf of the defendant (Canada) brings the present motion for a stay of the action pursuant to subsection 50.1(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 16; 2002, c. 8, s. 47] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] (the motion), and, if granted, Baptiste will have the option to recommence the action in the Court of Queen's Bench of Alberta, and with respect to the recommencement, Canada will perfect its expressed desire to bring the third-party proceedings.

[3] Baptiste's position throughout the history of the action is that the complexities caused by the proceedings have interfered with the advancement and resolution of its claim against Canada. With respect to the motion, Baptiste objects to the result of the application of section 50.1 because this Court will be lost as the arbiter of the action. To advance its objection, in response to the motion, Baptiste argues that the Court should not

O'Reilly & Associés, Montréal, pour les défendeurs/demandeurs.

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

[1] LE JUGE CAMPBELL : En 1996, à titre d'Autochtones, les demandeurs (Baptiste) ont intenté la présente action contre la défenderesse afin de faire respecter leur relation fiduciaire *sui generis* avec la Couronne fédérale. La cause d'action est liée à une allégation d'exploitation forestière illégale sur des terres autochtones situées dans le sud-ouest de l'Alberta, et en rapport avec laquelle Baptiste dit que la défenderesse a négligé de prendre les mesures nécessaires pour protéger et préserver ses droits, ses intérêts et ses biens, manquant ainsi à son obligation fiduciaire spéciale. À son tour, réclamant une contribution ou une indemnité, la défenderesse a intenté une procédure de mise en cause (la procédure) contre 52 personnes et entreprises ayant pris part à l'enlèvement et à la transformation du bois.

[2] Le fait qui est à l'origine de la présente requête est une décision par laquelle la Cour d'appel fédérale [[2006] 1 R.C.F. 570] a conclu que la présente Cour n'a pas compétence sur la procédure intentée par la défenderesse. Le procureur général du Canada, agissant au nom de la défenderesse (Canada), introduit donc la présente requête en vue d'obtenir la suspension de l'action, en application du paragraphe 50.1(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 16; 2002, ch. 8, art. 47] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)] (la requête) et, si cette requête est accueillie, Baptiste aura le choix de reprendre l'action devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta et, en ce qui concerne la reprise, le Canada mettra en état l'intention qu'il a exprimée d'intenter la procédure de mise en cause.

[3] La position de Baptiste, depuis le début de l'action, est que la complexité engendrée par la procédure de mise en cause fait obstacle à l'avancement et au règlement de sa réclamation contre le Canada. Pour ce qui est de la requête, Baptiste s'oppose au résultat de l'application de l'article 50.1 car la présente Cour ne sera plus l'arbitre de l'action. À l'appui de son opposition, et en réponse à la requête, Baptiste soutient

grant the motion because Canada lacks the legal basis to obtain a stay, and also that an order cannot be made because section 50.1 itself is unconstitutional.

[4] For the reasons which follow, I am unable to agree with either of Baptiste's arguments.

I. A Brief History of the Action and the Proceedings

[5] The decision of the Federal Court of Appeal provides a précis of the history and critical findings resulting in the determination that this Court does not have jurisdiction over Canada's claims against the third parties. The following passages from Chief Justice Richard's decision sets the stage for the motion (at paragraphs 3-21, 41-43, 49-52, 57):

On February 7, 1996, the plaintiffs (the Stoney Band) commenced an action against the defendant (Canada).

The statement of claim alleged, *inter alia*, breaches of various fiduciary duties owed by Canada to the Stoney Band concerning the harvesting of timber on the Stoney Band reserve in Alberta in 1994 and 1995.

There is no dispute that this action comes within the jurisdiction of the Federal Court pursuant to subsection 17(1) . . . of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 . . . , which provides that the Federal Court has concurrent original jurisdiction with superior courts "in all cases in which relief is claimed against the Crown."

On January 22, 1997, Canada brought a motion before the Federal Court seeking a stay of the action pursuant to section 50.1 . . . of the *Federal Court Act* on the grounds that it intended to issue third party notices against persons over whom the Federal Court had no jurisdiction.

Canada filed several third party notices on April 4, 1997, prior to the hearing of its motion by Prothonotary Hargrave on April 23, 1997. The third parties did not receive notice of Canada's motion or participate in the hearing before the Prothonotary.

By order issued on May 16, 1997 . . . , the Prothonotary found that the Federal Court had jurisdiction over the proposed third party proceedings. Canada did not appeal the Prothonotary's decision.

que la Cour ne devrait pas accueillir la requête, car le Canada ne dispose pas du fondement juridique requis pour obtenir une suspension et, en outre, il est impossible de rendre une ordonnance parce que l'article 50.1 lui-même est inconstitutionnel.

[4] Pour les motifs qui suivent, je suis dans l'incapacité de souscrire à l'un ou l'autre des arguments de Baptiste.

I. Bref historique de l'action et de la procédure

[5] La décision de la Cour d'appel fédérale résume l'historique et les constatations cruciales qui ont amené à statuer que la présente Cour n'a pas compétence sur les réclamations du Canada contre les mis en cause. Les passages suivants, tirés de la décision du juge en chef Richard, décrivent le contexte dans lequel se situe la requête (aux paragraphes 3 à 21, 41 à 43, 49 à 52 et 57) :

Le 7 février 1996, les demandeurs (la bande de Stoney) ont intenté une action contre le défendeur (le Canada).

Dans leur déclaration, les demandeurs alléguaient, entre autres, des manquements à diverses obligations de fiduciaire du Canada envers la bande de Stoney relativement à la récolte de bois dans la réserve de Stoney (sise en Alberta) en 1994 et 1995.

Il n'est pas contesté que cette action relève de la compétence de la Cour fédérale en vertu du paragraphe 17(1) [. . .] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [. . .], qui dispose que cette Cour a compétence concurrente, en première instance, avec les cours supérieures « dans les cas de demande de réparation contre la Couronne ».

Le 22 janvier 1997, le Canada a saisi la Cour fédérale d'une requête en suspension de l'action susdite sous le régime de l'article 50.1 [. . .] de la *Loi sur la Cour fédérale*, au motif qu'il avait l'intention de déposer des avis de mise en cause contre des personnes qui ne relevaient pas de la compétence de la Cour fédérale.

Le Canada a déposé plusieurs avis de mise en cause le 4 avril 1997, avant l'audition de sa requête par le protonotaire Hargrave, le 23 du même mois. Les mis en cause n'ont pas reçu avis de la requête du Canada ni n'ont participé à l'audience tenue devant le protonotaire.

Par ordonnance rendue le 16 mai 1997 [. . .], le protonotaire a statué que les mises en cause projetées relevaient de la compétence de la Cour fédérale. Le Canada n'a pas interjeté appel de cette décision du protonotaire.

An amended statement of claim, an amended statement of defence, and amended third party notices were served and filed in the period October 2002 to March 2003.

The third party claims were for the most part identical, differing only in minor aspects depending on the identity of the third party. In every case, however, the relief sought by Canada was identical.

The parties against whom Canada asserted these third party claims fall into three categories: certain members of the Stoney Band in their capacity as individuals, loggers, and saw mills operators.

Canada framed the relief it sought from the third parties as follows:

- (a) Indemnity or contribution in respect of any judgment which may be obtained by the plaintiffs against the defendant, including any judgment for costs;
- (b) Indemnity or contribution in respect of the costs and expenses incurred by the defendant in defending the action brought by the plaintiffs;
- (c) Aggravated, punitive and exemplary damages;
- (d) Costs and expenses of the third party proceedings.

Canada also pleaded the provisions of the *Contributory Negligence Act*, R.S.A. 2000, c. C-27, the *Tort-Feasors Act*, R.S.A. 2000, c. T-5, the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, and the *Indian Timber Regulations*, C.R.C., c. 961, s. 1 (as am. by SOR/94-690, s. 3(F)).

The third party appellants challenged the jurisdiction of the Federal Court on April 30, 2003 and these motions were heard together by a judge of the Federal Court on October 21, 2003.

The motion before the Federal Court Judge was not supported by any affidavit material and proceeded on the basis of the pleadings and the third party notices as framed by Canada.

Canada did not oppose the third parties' motion but took the position that, having elected not to appeal, it was bound by the Prothonotary's decision.

On May 3, 2004, the motions Judge dismissed the jurisdictional challenge of the third parties on the ground that the Prothonotary's decision was a bar to the relief sought on the principle of *res judicata*. . . .

Une déclaration modifiée, une défense modifiée et des avis modifiés de mise en cause ont été déposés et signifiés d'octobre 2002 à mars 2003.

Les prétentions étaient essentiellement identiques d'une mise en cause à l'autre et ne différaient que par des aspects mineurs. La réparation demandée par le Canada était cependant la même dans tous les cas.

Les parties ainsi mises en cause par le Canada se répartissent en trois catégories : certains membres de la bande de Stoney en qualité de particuliers, des entrepreneurs forestiers et des exploitants de scieries.

Le Canada sollicitait les mesures de réparation suivantes contre les mis en cause :

- (a) une indemnité ou une contribution relativement à tout jugement qui pourrait être obtenu par les demandeurs contre le défendeur, y compris quant aux dépens;
- (b) une indemnité ou une contribution relativement aux frais et dépens supportés par le défendeur dans l'action intentée par les demandeurs;
- (c) des dommages-intérêts majorés, punitifs et exemplaires;
- (d) les frais et dépens des procédures de mise en cause.

Le Canada a aussi invoqué les dispositions de la *Contributory Negligence Act*, R.S.A. 2000, ch. C-27, de la *Tort-Feasors Act*, R.S.A. 2000, ch. T-5, de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, et du *Règlement sur le bois des Indiens*, C.R.C., ch. 961, art. 1 (mod. par DORS/94-690, art. 3(F)).

Les appelants/mis en cause ont contesté la compétence de la Cour fédérale le 30 avril 2003, et leurs requêtes ont été entendues ensemble par un juge de cette même Cour le 21 octobre 2003.

La requête entendue par le juge de la Cour fédérale n'était pas étayée d'affidavits et a été instruite sur la base des actes de procédure et des avis de mise en cause tels qu'ils avaient été formulés par le Canada.

Le Canada n'a pas contesté la requête des mis en cause, mais a plutôt adopté la position que, ayant décidé de ne pas interjeter appel, il était lié par la décision du protonotaire.

Le 3 mai 2004, le juge des requêtes a rejeté l'exception de défaut de compétence alléguée par les mis en cause, au motif que la décision du protonotaire interdisait l'octroi de la réparation demandée en vertu du principe de la chose jugée [. . .]

The appeals before us were consolidated and heard together. None of the parties supported the motions Judge's finding that the matter was *res judicata*. It is clear to us that the motions Judge erred in law by applying the principle of *res judicata* in these circumstances. The third parties were not parties to the motion before the Prothonotary and did not have notice of the proceedings before the Prothonotary in April 1997.

We are all of the view that the motions Judge erred in dismissing the motion made by the third parties on the ground of *res judicata* and for this reason alone, the appeal could be allowed.

However, the parties were unanimous in requesting that this Court make the decision on the issue of jurisdiction that should have been made by the motions Judge and accordingly, I will proceed to deal with the issue of jurisdiction raised by the parties.

The sole issue in this appeal is the jurisdiction of the Federal Court to hear and determine the third party claims as framed by Canada. This is a question of law. Although the Prothonotary was very articulate in his reasons in support of his finding that the Federal Court did have subject-matter jurisdiction, we are not bound by that decision or those reasons.

...

In the present proceedings and in the claims as framed by Canada, the provincial common laws of conversion, conspiracy and negligence cannot be characterized as "incidentally necessary to resolve the issues presented by the parties". They are, in fact, the very laws under which Canada asserts its entitlement to indemnity, contribution, or damages. Canada's claims are in "pith and substance" based on provincial common law. If anything, it is the federal law component that is incidental to Canada's claims against the third parties.

The law upon which Canada relies in bringing the claims against the third parties is the common law of trespass, conversion, conspiracy and negligence.

This is clear from an analysis of the third party claims where Canada alleges:

1. trespass to timber and land;
2. conspiracy to engage in activities contrary to federal legislation;

Les appels dont nous sommes saisis ont été réunis et entendus ensemble. Aucune des parties ne souscrivait à la conclusion du juge des requêtes selon laquelle l'affaire relevait du principe de la chose jugée. Il nous apparaît évident que le juge des requêtes a commis une erreur de droit en appliquant le principe de la chose jugée à l'affaire qui nous occupe. Les mis en cause n'étaient pas parties à la requête entendue par le protonotaire en avril 1997 et n'en ont pas reçu avis.

Nous sommes tous d'avis que le juge des requêtes s'est trompé en rejetant la requête des mis en cause sur le fondement de la chose jugée, et l'appel pourrait être accueilli pour cette seule raison.

Cependant, les parties ont unanimement demandé que la Cour rende sur la question de compétence la décision que le juge des requêtes aurait dû rendre. En conséquence, j'examinerai maintenant la question de compétence soulevée par les parties.

La seule question en litige dans le présent appel est la compétence de la Cour fédérale pour statuer sur les mises en cause telles qu'elles ont été formulées par le Canada. Il s'agit là d'une question de droit. Bien que le protonotaire ait donné un exposé très rigoureux des motifs sur lesquels il fonde sa conclusion que la Cour fédérale jouit effectivement d'une compétence matérielle, nous ne sommes pas liés par sa décision ni par ses motifs.

[...]

Dans la présente espèce et dans les réclamations formulées par le Canada, la common law provinciale de l'appropriation, du complot et de la négligence ne peut être définie comme « accessoirement [...] nécessaire à la solution des points litigieux soumis par les parties ». Il s'agit là en fait du cadre même en vertu duquel le Canada réclame des indemnités, des contributions et des dommages-intérêts. Les réclamations du Canada sont, de par leur « caractère véritable », fondées sur la common law provinciale. Ce serait plutôt le droit fédéral qui est ici accessoire aux réclamations du Canada contre les mis en cause.

Le droit sur lequel le Canada fonde ses mises en cause est la common law de la violation du droit de propriété, de l'appropriation, du complot et de la négligence.

Cela ressort à l'évidence de l'analyse des prétentions sous-tendant les mises en cause, où le Canada invoque :

1. la violation du droit de propriété sur le bois et les terres,
2. un complot en vue d'activités enfreignant la législation fédérale,

3. conversion of Crown timber;
4. contributory negligence; and
5. negligent interference with the Crown's fiduciary duty to the Stoney Band

...

In the present proceedings, the claims of Canada against the third parties are not sufficiently supported by federal law. To the contrary, the claims are firmly rooted in provincial common law.

Even though the action between the Stoney Band and Canada is rightly before the Federal Court, there is no relationship between the cause of action in the third party proceedings and any applicable federal law that would be sufficient to give the Federal Court jurisdiction.

The Supreme Court of Canada held in *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 695 that an action and a third party action are separate proceedings. Thus, an analysis of the claims of the plaintiff against the defendant in the main action will not be determinative of the nature of the claim against the third parties.

Therefore, the fact that the Federal Court has jurisdiction over the main action between the Stoney Band and Canada cannot be considered when determining the Court's jurisdiction over the third party claims. I reach this conclusion based on the present state of the jurisprudence on this matter.

...

In conclusion, I find that the federal statutory framework created by the interaction of the *Indian Act* and the *Indian Timber Regulations* is insufficiently broad to encompass Canada's third party claims in this case. The Act and the Regulations relied on by Canada are not the source or the foundation of its claim against the third parties. The claims against the third parties are in "pith and substance" based on provincial common law. I must conclude that the Federal Court does not have jurisdiction over Canada's claims against the third parties in these circumstances.

II. The Motion

[6] Section 50.1 became law in 1990 as an element of Bill C-38, the contents of which are described in detail in Section III (A)(1) and (2) below. Canada's motion for a stay of the action pursuant to section 50.1 is based on

3. l'appropriation de bois appartenant à la Couronne,
4. la négligence contributive,
5. l'atteinte par négligence à l'exécution de l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers la bande de Stoney.

[...]

Dans la présente espèce, les réclamations du Canada contre les mis en cause ne sont pas suffisamment appuyées par une législation fédérale. Au contraire, elles s'enracinent profondément dans la common law provinciale.

Même si la Cour fédérale est à juste titre saisie de l'action opposant la bande de Stoney au Canada, il n'existe pas ici un lien suffisant entre la cause d'action de la procédure de mise en cause et le droit fédéral applicable pour lui conférer compétence.

La Cour suprême du Canada a conclu dans l'arrêt *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et autre*, [1980] 1 R.C.S. 695, que l'action principale et la mise en cause constituent des instances distinctes. L'analyse des revendications formulées par le demandeur contre le défendeur dans l'action principale ne permettra donc pas de déterminer la nature de la réclamation contre les mis en cause.

Par conséquent, le fait que la Cour fédérale a compétence pour statuer sur l'action principale opposant la bande de Stoney au Canada ne peut être pris en considération lorsqu'il s'agit d'établir si la Cour a compétence sur les mises en cause. Cette conclusion est fondée sur l'état actuel de la jurisprudence relative à cette question.

[...]

Je conclus donc que le cadre législatif fédéral que constitue l'ensemble formé par la *Loi sur les Indiens* et le *Règlement sur le bois des Indiens* n'a pas une portée assez large pour fonder les mises en cause engagées par le Canada en l'espèce. La Loi et le Règlement invoqués par le Canada ne sont pas la source ou le fondement de ses mises en cause. Celles-ci sont, de par leur « caractère véritable », fondées sur la common law provinciale. Force m'est par conséquent de conclure que la Cour fédérale n'a pas compétence pour statuer sur ces mises en cause.

II. La requête

[6] L'article 50.1 est devenu loi en 1990 en tant qu'élément du projet de loi C-38, dont la teneur est décrite en détail à la section III(A)(1) et (2) ci-après. La requête du Canada en vue de la suspension de l'action

the ground that “the Crown desires to institute third-party proceedings in the within action against three classes of parties in respect of which the Federal Court lacks jurisdiction.” With the passage of section 50.1, the power of Judges of the Court to grant a stay of proceedings is found in two provisions of the *Federal Courts Act*, being sections 50 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 46] and 50.1:

50. (1) The Federal Court of Appeal or the Federal Court may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter

(a) on the ground that the claim is being proceeded with in another court or jurisdiction; or

(b) where for any other reason it is in the interest of justice that the proceedings be stayed.

(2) The Federal Court of Appeal or the Federal Court shall, on application of the Attorney General of Canada, stay proceedings in any cause or matter in respect of a claim against the Crown if it appears that the claimant has an action or a proceeding in respect of the same claim pending in another court against a person who, at the time when the cause of action alleged in the action or proceeding arose, was, in respect of that matter, acting so as to engage the liability of the Crown.

(3) A court that orders a stay under this section may subsequently, in its discretion, lift the stay.

50.1 (1) The Federal Court shall, on application of the Attorney General of Canada, stay proceedings in any cause or matter in respect of a claim against the Crown where the Crown desires to institute a counter-claim or third-party proceedings in respect of which the Federal Court lacks jurisdiction.

(2) If the Federal Court stays proceedings under subsection (1), the party who instituted them may recommence the proceedings in a court constituted or established by or under a law of a province and otherwise having jurisdiction with respect to the subject-matter of the proceedings.

(3) If proceedings are recommenced under subsection (2) within 100 days after the proceedings are stayed in the Federal Court, the claim against the Crown in the recommenced proceedings is deemed, for the purposes of any laws relating to prescription and the limitation of actions, to have been instituted on the day the proceedings in the Federal Court were instituted.

en vertu de l’article 50.1 est fondée sur le motif selon lequel [TRADUCTION] « la Couronne souhaite engager une procédure de mise en cause dans le cadre de la présente action contre trois catégories de parties à l’égard desquelles la Cour fédérale n’a pas compétence ». Depuis l’adoption de l’article 50.1, le pouvoir qu’ont les juges de la Cour d’accorder une suspension d’instance réside dans deux dispositions de la *Loi sur les Cours fédérales*, soit les articles 50 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 46] et 50.1 :

50. (1) La Cour d’appel fédérale et la Cour fédérale ont le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire :

a) au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal;

b) lorsque, pour quelque autre raison, l’intérêt de la justice l’exige.

(2) Sur demande du procureur général du Canada, la Cour d’appel fédérale ou la Cour fédérale, selon le cas, suspend les procédures dans toute affaire relative à une demande contre la Couronne s’il apparaît que le demandeur a intenté, devant un autre tribunal, une procédure relative à la même demande contre une personne qui, à la survenance du fait générateur allégué dans la procédure, agissait en l’occurrence de telle façon qu’elle engageait la responsabilité de la Couronne.

(3) Le tribunal qui a ordonné la suspension peut, à son appréciation, ultérieurement la lever.

50.1 (1) Sur requête du procureur général du Canada, la Cour fédérale ordonne la suspension des procédures relatives à toute réclamation contre la Couronne à l’égard de laquelle cette dernière entend présenter une demande reconventionnelle ou procéder à une mise en cause pour lesquelles la Cour n’a pas compétence.

(2) Le demandeur dans l’action principale peut, après le prononcé de la suspension des procédures, reprendre celles-ci devant le tribunal compétent institué par loi provinciale ou sous le régime de celle-ci.

(3) Pour l’application des règles de droit en matière de prescription dans le cadre des procédures reprises conformément au paragraphe (2), est réputée être la date de l’introduction de l’action celle de son introduction devant la Cour fédérale si la reprise survient dans les cent jours qui suivent la suspension.

[7] The evidence supporting the motion is found in the affidavit of Ms. Doris Tetrault, Project Manager of the Litigation Management and Resolution Branch of the Department of Indian Affairs and Northern Development, Vancouver, British Columbia, sworn January 10, 2006 (motion record of the applicant, pages 5-9). The affidavit provides an outline of the steps taken in the action and with respect to the proceedings, and relevant pleadings are attached as exhibits. At paragraph 20, Ms. Tetrault attests to the following:

Canada desires to institute third party proceedings against all of the original 52 named Third Parties, including those who chose not to challenge the jurisdiction of the Federal Court, and those who were struck from this action at the Federal Court of Appeal.

A. What is the present state of the law with respect to section 50.1?

[8] After the passage of Bill C-38, five decisions of the Court have interpreted section 50.1. In sequence of time of decision, they are: *Bastien v. Canada* (1992), 53 F.T.R. 81 (F.C.T.D.) (*Bastien*); *Fairford Band v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 F.C. 165 (T.D.) (*Fairford*); *Fédération Franco-ténoise v. Canada*, [2001] 3 F.C. 641 (C.A.) (*Fédération*); *Charalambous v. Canada*, 29 April 2004, T-1715-03 (F.C.) (*Charalambous*); and *Aussant v. Canada (Minister of Health and Welfare)*, 25 November 2005, T-2442-98 (F.C.) (*Aussant*).

[9] *Bastien* involved an application by the Attorney General of Canada to stay proceedings that had been pending against the Crown prior to the enactment of section 50.1. Justice Pinard made two findings in the course of refusing to grant the stay: since section 50.1 affects the jurisdiction of the Court, and thus the plaintiff's substantive rights under the action already commenced, the provision cannot be characterized as procedural in nature; and since the application of section 50.1 was not made retroactive, applying it to the action which was commenced before the provision came into effect would unduly affect the vested rights of the plaintiff.

[7] La preuve présentée à l'appui de la requête figure dans l'affidavit, signé le 10 janvier 2006 (dossier de requête de la demanderesse, pages 5 à 9), de M^{me} Doris Tetrault, gestionnaire des projets liés aux litiges auprès de la Direction générale de la gestion et du règlement des litiges du ministère des Affaires indiennes et du Nord, à Vancouver (Colombie-Britannique). Cet affidavit donne un aperçu des mesures prises dans le cadre de l'action ainsi qu'en rapport avec les mises en cause, et les actes de procédure pertinents y sont joints en tant que pièces. Au paragraphe 20, M^{me} Tetrault déclare ce qui suit :

[TRADUCTION] Le Canada souhaite engager une procédure de mise en cause contre la totalité des 52 mis en cause initialement nommés, y compris ceux qui ont décidé de ne pas contester la compétence de la Cour fédérale et ceux qui ont été radiés de la présente action par la Cour d'appel fédérale.

A. Quel est l'état actuel du droit au sujet de l'article 50.1?

[8] Après l'adoption du projet de loi C-38, la Cour a interprété l'article 50.1 dans cinq décisions, qui sont, en ordre chronologique, les suivantes : *Bastien c. Canada*, [1992] A.C.F. n° 221 (1^{re} inst.) (QL) (*Bastien*); *Bande de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 C.F. 165 (1^{re} inst.) (*Fairford*); *Fédération Franco-ténoise c. Canada*, [2001] 3 C.F. 641 (C.A.) (*Fédération*); *Charalambous c. Canada*, 29 avril 2004, dossier n° T-1715-03 (C.F.) (*Charalambous*); et *Aussant c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, 25 novembre 2005, dossier n° T-2442-98 (C.F.) (*Aussant*).

[9] Dans *Bastien*, il était question d'une requête du procureur général du Canada en vue de la suspension de procédures contre la Couronne, qui étaient en instance avant la promulgation de l'article 50.1. En refusant d'accorder la suspension, le juge Pinard a tiré deux conclusions : étant donné que l'article 50.1 a une incidence sur la compétence de la Cour et, de ce fait, sur les droits substantiels du demandeur dans le cadre de l'action déjà engagée, on ne peut pas dire de la disposition qu'elle est de nature procédurale; en outre, étant donné que l'application de l'article 50.1 n'a pas d'effet rétroactif, le fait de l'appliquer à l'action, qui a été engagée avant l'entrée en vigueur de cette

[10] For the reasons provided in Section IV(A)(1)(a) below, I find that *Bastien* is not relevant to the present motion.

[11] In the decisions subsequent to *Bastien*, opinions are expressed with respect to the essential evidence required to support an order under section 50.1, and the ambit of discretion to be applied in deciding whether to issue a stay.

[12] In *Charalambous*, Justice Dawson, at pages 4 and 5, cites *Fairford* and *Fédération* in coming to a conclusion on the criteria to be applied in issuing a stay:

The leading case to consider this provision is *Fairford Band v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 F.C. 165 (T.D.); aff'd (1996), 205 N.R. 380 (F.C.A.). In *Fairford* Mr. Justice Rouleau indicated that he was not prepared to grant the requested stay because he was not persuaded of the sincerity of the defendant's desire to commence third party proceedings, the defendant's application was vague and there was no evidence that the Attorney General was in fact going to commence third party proceedings. Such comments were, however, *obiter* in light of Mr. Justice Rouleau's further conclusion that the Court had jurisdiction over the intended third party proceedings. Justice Rouleau's decision was affirmed on this latter basis.

Subsequently, in *Fédération Franco-ténoise v. Canada*, [2001] 3 F.C. 641 (C.A.) at paragraph 87 (again in *obiter*) the Federal Court of Appeal suggested that a stay is, in substance, automatic where requested on motion by the Attorney General. This authority was not referred to in argument before the learned prothonotary.

I conclude on the basis of these authorities and the wording used in subsection 50.1(1) of the *Federal Courts Act* that a stay should issue where the Court is satisfied on the evidence of a *bona fide* desire on the part of the Crown to institute third party proceedings beyond the jurisdiction of the Court.

[13] In reaching the decision in *Aussant*, Justice Hugessen, at pages 2 and 3, does not refer to precedent in making the following statement:

disposition, porterait indûment préjudice aux droits acquis du demandeur.

[10] Pour les raisons données à la section IV(A)(1)(a) ci-après, je conclus que *Bastien* est sans rapport avec la présente requête.

[11] Dans les décisions rendues après l'arrêt *Bastien*, les juges ont fait part de leurs opinions sur les éléments de preuve qui sont essentiels pour étayer une ordonnance rendue en vertu de l'article 50.1, ainsi que sur l'étendue du pouvoir discrétionnaire qu'il convient d'exercer au moment de décider d'ordonner ou non une suspension.

[12] Dans l'arrêt *Charalambous*, la juge Dawson, aux pages 4 et 5, cite les arrêts *Fairford* et *Fédération* en se prononçant sur les critères à appliquer en vue d'ordonner une suspension :

[TRADUCTION] Pour l'examen de cette disposition, l'arrêt-clé est *Bande de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 C.F. 165 (1^{re} inst.); conf. par (1996), 205 N.R. 380 (C.A.F.). Dans *Fairford*, le juge Rouleau a indiqué qu'il n'était pas disposé à faire droit à la suspension demandée parce qu'il n'était pas convaincu de la sincérité de l'intention du défendeur d'intenter une procédure de mise en cause, que la requête du défendeur était vague et qu'il n'y avait aucune preuve que le procureur général allait effectivement intenter une procédure de mise en cause. Ces commentaires étaient toutefois incidents, compte tenu de la conclusion additionnelle du juge Rouleau selon laquelle la Cour avait compétence sur la procédure de mise en cause projetée. C'est sur cette base-là que la décision du juge Rouleau a été confirmée.

Par la suite, dans l'arrêt *Fédération Franco-ténoise c. Canada*, [2001] 3 C.F. 641 (C.A.), au paragraphe 87 (dans le cadre, là aussi, d'une remarque incidente), la Cour d'appel fédérale a laissé entendre qu'une suspension est essentiellement automatique lorsque le procureur général en fait la demande par voie de requête. Il n'a pas été fait référence à cet arrêt dans les arguments invoqués devant le protonotaire.

En me fondant sur ces sources ainsi que sur le libellé du paragraphe 50.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, je conclus qu'il faudrait accorder une suspension lorsque la Cour est convaincue, d'après la preuve fournie, de l'intention véritable de la Couronne d'engager une procédure de mise en cause qui outrepassé la compétence de la Cour.

[13] En arrivant à sa décision dans l'arrêt *Aussant*, le juge Hugessen, aux pages 2 et 3, ne s'en rapporte pas à la jurisprudence lorsqu'il déclare ce qui suit :

Since the language of [s. 50.1] is mandatory, I will be obliged to make such an order if I find that the third party claims are outside the Court's jurisdiction. In those circumstances any opinion I may have as to the possible success or failure of the third party claims, besides being an *obiter dictum*, could only be a source of embarrassment and mischief to the Saskatchewan courts which would then in any event be called upon to deal anew with the same questions.

Upon deciding that the third-party claims concerned were beyond the jurisdiction of the Federal Court, Justice Hugessen granted a stay.

[14] Reading *Charalambous* and *Aussant* together, I find that the present state of the law is that, not only "should" a stay be issued, as expressed by Justice Dawson, but it is "mandatory" to issue a stay under section 50.1, as stated by Justice Hugessen, if third-party proceedings are found to be beyond the jurisdiction of the Court, and the Crown has proved a *bona fide* intention to institute the third-party proceedings in a provincial court.

III. Does the Motion Lack a Legal Basis?

[15] Baptiste's concern in strongly objecting to the motion is the ease with which a stay can be obtained merely upon two conditions precedent being proved: the Federal Court lacks jurisdiction over specified third-party proceedings, and the Crown has a *bona fide* desire to institute the third-party proceedings in a provincial court. It is the total lack of discretion to decide whether it is just to issue the stay that Baptiste finds repugnant.

[16] Baptiste maintains that the criteria for granting an order under section 50.1 must be more encompassing, and in this respect argues that, before Canada can be found to have a "*bona fide* desire" to commence third-party proceedings, the "desire" maintained must be found to have a legal basis. That is, the correct interpretation of the term "desire" requires an evaluation of whether, given the nature of a particular action, it is permissible for Canada to bring third-party proceedings,

[TRADUCTION] Vu le caractère impératif du libellé de [l'art. 50.1], je me verrai dans l'obligation de rendre une telle ordonnance si je conclus que les mises en cause excèdent la compétence de la Cour. Dans ces circonstances, l'opinion que je pourrais avoir au sujet du succès ou de l'échec possible des mises en cause, en plus d'être incidente, ne pourrait être qu'une source d'embarras et d'ennuis pour les tribunaux de la Saskatchewan qui seraient alors appelés en tout état de cause à traiter à nouveau des mêmes questions.

En statuant que les mises en cause en question excédaient la compétence de la Cour fédérale, le juge Hugessen a accordé la suspension demandée.

[14] La lecture combinée des arrêts *Charalambous* et *Aussant* m'amène à conclure que l'état actuel du droit est le suivant : non seulement « il faudrait » accorder une suspension, comme l'a dit la juge Dawson, mais il est « impératif » de le faire en vertu de l'article 50.1, comme l'a déclaré le juge Hugessen, lorsque l'on conclut qu'une procédure de mise en cause outrepassé la compétence de la Cour et que la Couronne a prouvé qu'elle a véritablement l'intention d'engager la procédure de mise en cause devant un tribunal provincial.

III. La requête est-elle dénuée d'un fondement juridique?

[15] La raison pour laquelle Baptiste s'oppose avec vigueur à la requête est la facilité avec laquelle il est possible d'obtenir une suspension en prouvant simplement que deux conditions préalables sont remplies : la Cour fédérale n'a pas compétence sur les mises en cause spécifiées, et la Couronne a l'intention véritable d'engager les mises en cause devant un tribunal provincial. Ce que conteste Baptiste, c'est l'absence totale de pouvoir discrétionnaire de décider s'il est juste ou non d'accorder la suspension.

[16] Baptiste soutient que le critère à appliquer pour accorder une ordonnance en vertu de l'article 50.1 doit être plus englobant, et il fait valoir, à cet égard, qu'avant que l'on puisse conclure que le Canada a une « intention véritable » d'engager une procédure de mise en cause, il faut conclure que cette « intention » a un fondement juridique, c'est-à-dire que l'interprétation correcte de ce mot oblige à évaluer si, compte tenu de la nature d'une action particulière, il est permis que le Canada intente

and if it is impermissible, the motion is without a legal basis.

[17] With respect to the meaning of “third-party proceedings”, Baptiste argues that the proceedings in the present case are not third-party proceedings but are independent substantive proceedings that do not, and should not, depend on the outcome of the action. Baptiste argues that, as the proceedings constitute a completely distinct common-law cause of action in tort, it is impermissible for Canada, which is being sued in equity for breach of a fiduciary duty, to use the proceedings to claim common-law relief of indemnity, contribution, or “relief over” against persons and entities with respect to their alleged tortious appropriation of trust property.

[18] On this basis, Baptiste further argues that this Court has the equitable jurisdiction necessary to declare Canada’s proposed course of action is an impermissible course of action for a party to a fiduciary relationship and that, if Canada chooses to bring proceedings against tort-feasors, it must not do so as part of the action. According to Baptiste, the result of acceptance of this argument is a denial of a stay under section 50.1 because, if Canada’s course of action is impermissible and unavailable, the Crown does not have a *bona fide* desire to bring third-party proceedings over which this Court has no jurisdiction.

[19] Canada’s response is simple: it has met the evidentiary test for proving it has a *bona fide* desire, and since this Court has no jurisdiction over the proceedings, as decided by the Federal Court of Appeal, this Court has no jurisdiction to render any decision with respect to the propriety of the proceedings. On this basis, Canada argues that, following a stay, if Baptiste chooses to recommence the action in Alberta, it is for the Alberta Court of Queen’s Bench to decide upon the propriety of the third-party proceedings instituted by the Crown.

[20] I find Canada’s argument compelling, and, therefore, find that I have no jurisdiction to decide upon

une telle procédure; par contre, si cela est interdit, la requête est donc dénuée d’un fondement juridique.

[17] En ce qui concerne le sens d’une « procédure de mise en cause », Baptiste fait valoir qu’en l’espèce, il n’est pas question de mises en cause mais d’une procédure de fond indépendante qui ne dépend pas—et ne devrait pas dépendre—de l’issue de l’action. De plus, étant donné que la procédure constitue une cause d’action délictuelle en common law tout à fait distincte, il est interdit au Canada, qui est poursuivi en equity pour manquement à une obligation fiduciaire, de recourir à la procédure pour réclamer, en guise de réparation fondée sur la common law, une indemnité, une contribution ou une « exonération » contre des particuliers et des entités, relativement à leur présumée appropriation délictuelle de biens en fiducie.

[18] Pour cette raison, Baptiste allègue de plus que la présente Cour jouit de la compétence en equity nécessaire pour déclarer que le plan d’action proposé par le Canada est un plan d’action interdit pour une partie à une relation fiduciaire et que, si le Canada décide d’intenter une procédure contre les auteurs d’un délit civil, il ne doit pas le faire dans le cadre de l’action. Selon Baptiste, l’acceptation de cet argument mènerait au refus d’une suspension en vertu de l’article 50.1 car, si le plan d’action du Canada est interdit et non disponible, la Couronne n’a pas une intention véritable d’engager une procédure de mise en cause sur laquelle la présente Cour n’a pas compétence.

[19] La réponse du Canada est simple : il a satisfait à la norme de preuve établie pour prouver qu’il a une intention véritable et, vu que la Cour n’a pas compétence sur la procédure, comme l’a décidé la Cour d’appel fédérale, elle n’a pas compétence pour se prononcer de quelque manière sur le bien-fondé de la procédure. Le Canada fait valoir que, pour cette raison, à la suite d’une suspension, si Baptiste décide de reprendre l’action en Alberta, il incombera à la Cour du Banc de la Reine de cette province de se prononcer sur le bien-fondé de la procédure de mise en cause engagée par la Couronne.

[20] Je trouve l’argument du Canada convaincant, et je conclus donc que je n’ai pas compétence pour me

the substance of the proceedings in the present case. However, to fairly consider Baptiste's argument, I find it is still necessary to decide on the correct interpretation of the word "desire" as it is used in subsection 50.1(1).

A. What is the correct meaning of "Crown desires"?

[21] With respect to the meaning of "desire", the essential elements of Baptiste's argument are as follows (respondents written representations, at paragraphs 23-31):

The English text of s. 50.1 of the *Federal Courts Act* provides for a stay where "the Crown desires to institute a counter-claim or third party proceedings in respect of which the Court lacks jurisdiction."

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, Tab A1

The term "desires" is not defined in the *Federal Courts Act*. It is commonly taken to mean "to wish for" or "to invite a course of action" though it might also be taken to mean "to long for, covet or crave."

Oxford English Dictionary, 2004, s.v. "desire". Tab B3

The French text of s.50.1 of the *Federal Courts Act* reads "à l'égard de laquelle cette dernière [la Couronne] entend présenter une demande reconventionnelle ou procéder à une mise en cause pour lesquelles la Cour n'a pas compétence".

The term "entendre" is commonly taken to mean "avoir l'intention de [faire quelque chose]" or "avoir le dessein de [faire quelque chose]" as well as "vouloir", "désirer", "préférer."

Le Nouveau Petit Robert, 1995, s.v. "entendre". Tab B4

The terms employed by Parliament in both English and French are general terms and are ambiguous. The ambiguity lies in the nature of the Crown's "desire". Desire is an element

prononcer sur le fond de la procédure engagée en l'espèce. Cependant, pour analyser équitablement l'argument de Baptiste, j'estime qu'il est quand même nécessaire de décider de l'interprétation exacte du mot « intention » (« *desire* » dans la version anglaise de la loi) tel qu'il est employé au paragraphe 50.1(1).

A. Quel est le sens exact des mots « la Couronne [...] entend » (en anglais : « *Crown desires* »)?

[21] En ce qui concerne le sens du mot « *desire* » (dans la version anglaise de la loi; mot traduit par « entend » dans la version française), les éléments essentiels de l'argument qu'invoque Baptiste sont les suivants (observations écrites des défendeurs, aux paragraphes 23 à 31) :

[TRADUCTION]

Le texte anglais de l'article 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit l'octroi d'une suspension lorsque « *the Crown desires to institute a counter-claim or third party proceedings in respect of which the Court lacks jurisdiction* ».

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7. Onglet A1.

Le mot « *desires* » n'est pas défini dans la *Loi sur les Cours fédérales*. Il signifie habituellement « *to wish for* » (souhaiter) ou « *to invite a course of action* » (inviter un plan d'action), mais il peut vouloir dire aussi « *to long for, covet or crave* » (avoir très envie de, convoiter ou avoir grand besoin de).

Oxford English Dictionary, 2004, s.v. « *desire* ». Onglet B3.

La version française de l'article 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* est libellée comme suit : « à l'égard de laquelle cette dernière [la Couronne] entend présenter une demande reconventionnelle ou procéder à une mise en cause pour lesquelles la Cour n'a pas compétence ».

Le mot « entendre » signifie habituellement « avoir l'intention de [faire quelque chose] » ou « avoir le dessein de [faire quelque chose] », de même que « vouloir », « désirer » ou « préférer ».

Le Nouveau Petit Robert, 1995, s.v. « entendre ». Onglet B4.

Les mots qu'emploie le législateur dans la version anglaise et dans la version française sont généraux et ambigus. L'ambiguïté réside dans la nature de ce que la Couronne

of volition, which refers to the making of a definite choice or decision with regard to a course of action on the basis of reasons. It is possible for a person to choose an impermissible course of action, either intentionally or inadvertently. That person would certainly “desire” to pursue the impermissible course of action, but may nonetheless be barred from doing so.

Oxford English Dictionary, 2004, s.v. “volition”. Tab B5

There are thus two possible approaches to the interpretation of “Crown desires” as that term is used in s. 50.1. The first approach requires merely that the requisite desire be actually present. In other words, all that must be established is a *bona fide* intention or desire on the part of the Crown to bring third party proceedings. The desire is “bona fide” in the sense that the Crown demonstrably intends to pursue that course of action.

Fairford First Nation v. Canada (A.G.), 1995 CarswellNat 687 (F.C.T.D.) at para. 11. Tab B6
Charalambous v. Canada, (April 29, 2004) T-1715-03 (F.C.) per Dawson J. Applicant’s Motion Record, Tab 4

The second approach would require, in addition, that the object of the Crown’s “desire” be a possible or permissible course of action. Pursuant to this approach, if there is a rule or principle of law that makes the Crown’s recourse to third party proceedings impermissible, or if there is some other circumstance that makes the Crown’s recourse unreasonable, then the Crown’s “desire” to bring third party proceedings would not be sufficient for the Court to stay the proceedings. Thus, a *bona fide* desire would be an intention to pursue a permissible or reasonable course of action.

It is submitted that the second approach is the proper approach to the interpretation of the notion of Crown “desire” and accords with the general rule of statutory interpretation that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.”

Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd., 1998 CarswellOnt 1 (S.C.C.). Tab B7

Moreover, the second approach excludes the possibility of an abuse of process, which the Crown cannot “desire” if it is to be consistent with the Crown’s exercise of “public duty . . . performed with an ingrained sense of the dignity, the

« entend » faire. Cette intention est un élément de volonté, qui a trait au fait d’effectuer un choix déterminé ou de prendre une décision précise en rapport avec un plan d’action, en se fondant sur des motifs précis. Il se peut qu’une personne choisisse un plan d’action interdit, soit délibérément soit par inadvertance; cette personne « entendrait » sûrement poursuivre le plan d’action interdit, mais il est néanmoins possible qu’elle soit empêchée de le faire.

Oxford English Dictionary, 2004, s.v. « volition ». Onglet B5.

Il y a donc deux façons possibles d’interpréter ce que « la Couronne [...] entend » faire, au sens où ces mots sont employés à l’article 50.1. La première approche exige simplement que l’intention requise soit bel et bien présente. Autrement dit, tout ce qu’il faut établir est une intention véritable de la Couronne d’engager une procédure de mise en cause. L’intention est « véritable » en ce sens que la Couronne entend poursuivre ce plan d’action et que cela peut être démontré.

Première nation de Fairford c. Canada (P.G.), 1995 CarswellNat 687 (C.F. 1^{re} inst.) au par. 11. Onglet B6
Charalambous c. Canada, (29 avril 2004) T-1715-03 (C.F.), la juge Dawson. Dossier de requête de la demanderesse, onglet 4.

La seconde approche exigerait en outre que l’objet de l’« intention » de la Couronne soit un plan d’action autorisé ou possible. Selon cette approche, s’il existe une règle ou un principe de droit qui interdit à la Couronne de recourir à une procédure de mise en cause, ou s’il existe une autre circonstance qui fait que le recours envisagé par la Couronne est déraisonnable, l’« intention » qu’a cette dernière d’engager une procédure de mise en cause ne serait donc pas suffisante pour que la Cour suspende la procédure. Une intention véritable serait donc une intention de poursuivre un plan d’action autorisé ou raisonnable.

Il est allégué que la seconde approche est celle qu’il convient de retenir pour interpréter la notion d’« intention » de la Couronne, et cette approche est compatible avec la règle générale d’interprétation législative suivante : « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur ».

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), 1998 CarswellOnt 1 (C.S.C.). Onglet B7.

Par ailleurs, la seconde approche exclut l’éventualité d’un abus de procédure, que la Couronne ne peut avoir l’« intention » de poursuivre si elle veut respecter son obligation de s’acquitter d’un « devoir public [...] d’une façon

seriousness and the justness of judicial proceedings.”

Re Application Under s.83.28 of the Criminal Code, 2004 CarswellBC 1378 (S.C.C.) at para. 95. Tab B8.

It is submitted that this is also an application of the principle of statutory interpretation that an intention to produce an unreasonable or absurd result is not to be imputed to a statute if there is some other construction available

P. St. J. Langan, *Maxwell on Interpretation of Statutes*, 12th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1969) at p. 199 et seq. Tab B9.

[22] To answer the question, the legislative context with respect to section 50.1 requires evaluation.

1. Bill C-38

[23] In 1990, the passage of Bill C-38, *An Act to amend the Federal Court Act, the Crown Liability Act, the Supreme Court Act and other Acts in consequence thereof*, 2nd Sess., 34th Parl., 1989 (1st reading, 28 September 1989) [S.C. 1990, c. 8] put into place a comprehensive law reform package, which, by the following provisions, includes a focus on third-party proceedings initiated in litigation against the Crown: section 50.1 of the *Federal Courts Act*; section 17 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 25] of the *Federal Courts Act*; and section 21 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 28; 2001, c. 4, s. 45] of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 [s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21)].

The Federal Courts Act

17. (1) Except as otherwise provided in this Act or any other Act of Parliament, the Federal Court has concurrent original jurisdiction in all cases in which relief is claimed against the Crown.

(2) Without restricting the generality of subsection (1), the Federal Court has concurrent original jurisdiction, except as otherwise provided, in all cases in which

- (a) the land, goods or money of any person is in the possession of the Crown;
- (b) the claim arises out of a contract entered into by or on behalf of the Crown;

efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires ».

Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel, 2004 CarswellBC 1378 (C.S.C.), au par. 95. Onglet B8.

Il est allégué qu'il s'agit également ici d'une application du principe d'interprétation législative selon lequel une intention de produire un résultat déraisonnable ou absurde ne peut être imputée à une loi s'il existe une autre interprétation possible.

P. St. J. Langan, *Maxwell on Interpretation of Statutes*, 12^e éd. (Londres : Sweet & Maxwell, 1969), aux pages 199 et suivantes. Onglet B9.

[22] Pour répondre à la question, il est nécessaire d'évaluer le contexte législatif dans lequel s'inscrit l'article 50.1.

1. Le projet de loi C-38

[23] En 1990, l'adoption du projet de loi C-38, intitulé *Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale, la Loi sur la responsabilité de l'État, la Loi sur la Cour suprême et d'autres lois en conséquence*, 2^e sess., 34^e lég., 1989 (première lecture le 28 septembre 1989) [L.C. 1990, ch. 8], a mis en place un ensemble exhaustif de mesures de réforme du droit qui, par les dispositions énumérées ci-après, met l'accent sur les procédures de mise en cause engagées dans le cadre d'un litige contre la Couronne : l'article 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, l'article 17 [mod. par L.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, ch. 8, art. 25] de la *Loi sur les Cours fédérales* et l'article 21 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 28; 2001, ch. 4, art. 45] de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 [art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21)].

Loi sur les Cours fédérales

17. (1) Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne.

(2) Elle a notamment compétence concurrente en première instance, sauf disposition contraire, dans les cas de demande motivés par :

- a) la possession par la Couronne de terres, biens ou sommes d'argent appartenant à autrui;
- b) un contrat conclu par ou pour la Couronne;

(c) there is a claim against the Crown for injurious affection; or

(d) the claim is for damages under the *Crown Liability and Proceedings Act*.

(3) The Federal Court has exclusive original jurisdiction to hear and determine the following matters:

(a) the amount to be paid if the Crown and any person have agreed in writing that the Crown or that person shall pay an amount to be determined by the Federal Court, the Federal Court—Trial Division or the Exchequer Court of Canada; and

(b) any question of law, fact or mixed law and fact that the Crown and any person have agreed in writing shall be determined by the Federal Court, the Federal Court—Trial Division or the Exchequer Court of Canada.

(4) The Federal Court has concurrent original jurisdiction to hear and determine proceedings to determine disputes in which the Crown is or may be under an obligation and in respect of which there are or may be conflicting claims.

(5) The Federal Court has concurrent original jurisdiction

(a) in proceedings of a civil nature in which the Crown or the Attorney General of Canada claims relief; and

(b) in proceedings in which relief is sought against any person for anything done or omitted to be done in the performance of the duties of that person as an officer, servant or agent of the Crown.

(6) If an Act of Parliament confers jurisdiction in respect of a matter on a court constituted or established by or under a law of a province, the Federal Court has no jurisdiction to entertain any proceeding in respect of the same matter unless the Act expressly confers that jurisdiction on that court.

The Crown Liability and Proceedings Act

21. (1) In all cases where a claim is made against the Crown, except where the Federal Court has exclusive jurisdiction with respect to it, the superior court of the province in which the claim arises has concurrent jurisdiction with respect to the subject-matter of the claim.

(2) No court in a province has jurisdiction to entertain any proceedings taken by a person if proceedings taken by that person in the Federal Court in respect of the same cause of action, whether taken before or after the proceedings are taken in the court, are pending.

c) un trouble de jouissance dont la Couronne se rend coupable;

d) une demande en dommages-intérêts formée au titre de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*.

(3) Elle a compétence exclusive, en première instance, pour les questions suivantes :

a) le paiement d'une somme dont le montant est à déterminer, aux termes d'une convention écrite à laquelle la Couronne est partie, par la Cour fédérale—ou l'ancienne Cour de l'Échiquier du Canada—ou par la Section de première instance de la Cour fédérale;

b) toute question de droit, de fait ou mixte à trancher, aux termes d'une convention écrite à laquelle la Couronne est partie, par la Cour fédérale—ou l'ancienne Cour de l'Échiquier du Canada—ou par la Section de première instance de la Cour fédérale.

(4) Elle a compétence concurrente, en première instance, dans les procédures visant à régler les différends mettant en cause la Couronne à propos d'une obligation réelle ou éventuelle pouvant faire l'objet de demandes contradictoires.

(5) Elle a compétence concurrente, en première instance, dans les actions en réparation intentées :

a) au civil par la Couronne ou le procureur général du Canada;

b) contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de la Couronne pour des faits—actes ou omissions—survenus dans le cadre de ses fonctions.

(6) Elle n'a pas compétence dans les cas où une loi fédérale donne compétence à un tribunal constitué ou maintenu sous le régime d'une loi provinciale sans prévoir expressément la compétence de la Cour fédérale.

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif

21. (1) Dans les cas de réclamation visant l'État pour lesquels la Cour fédérale n'a pas compétence exclusive, a compétence concurrente en la matière la cour supérieure de la province où survient la cause d'action.

(2) Aucun tribunal provincial n'est compétent pour connaître d'une poursuite si une autre, intentée pour le même fait générateur par la même personne—que ce soit avant ou après le début de la première—, est pendante devant la Cour fédérale.

2. Parliament's intention in enacting section 50.1

[24] It is agreed that evidence of Parliament's intention in presenting Bill C-38 is found in Hansard for November 1, 1989 [*House of Commons Debates*, at pages 5413-5422]:

FEDERAL COURT ACT

measure to amend

Hon. Doug Lewis (Minister of Justice and Attorney General of Canada) moved that Bill C-38, an act to amend the Federal Court Act, the Crown Liability Act, the Supreme Court Act and other acts in consequence thereof, be read the second time and referred to a legislative committee.

He said: Mr. Speaker, I want to say at the outset how pleased I am to have the opportunity to bring forward this bill which contains amendments principally to the Federal Court Act and also to the Crown Liability Act. The over-all purpose of this legislation is to give the ordinary citizens who wish to sue the federal government easier access to the Canadian courts and to reduce or eliminate the legal barriers and the inequities that a citizen now faces in such litigation.

First, I want to deal with the Federal Court Act proposals. It has been almost 20 years since the Federal Court was established. It was established to replace the old Exchequer Court and, although much of the jurisdiction that was conferred on this new court reflected the jurisdiction of the predecessor, there was also quite a bit that was new in this legislation. For example, the Exchequer Court at that time, as it was constituted, was only a trial level court and appeals from the decisions of the Exchequer Court were made directly to the Supreme Court of Canada. The act in 1971 established a new Federal Court of Appeal to hear the appeals from the decisions of the court's trial division.

Second, the Federal Court was granted an entirely new jurisdiction to supervise or review the activities and decisions of federal boards and tribunals. Generally I think it is fair to say that the establishment of the Federal Court a generation ago can be characterized as a bold and far-sighted experiment in reforming the federal civil justice system on behalf of all Canadians. It has proven itself to be invaluable to the Canadian system of justice, and it serves a number of special purposes that provincial courts cannot adequately fulfil.

2. L'intention qu'avait le Parlement en édictant l'article 50.1

[24] Il est convenu que la preuve de l'intention qu'avait le Parlement en présentant le projet de loi C-38 figure dans l'édition du 1^{er} novembre 1989 du Hansard [*Débats de la Chambre des communes*, aux pages 5413 à 5422] :

LA LOI SUR LA COUR FÉDÉRALE

mesure modificative

L'hon. Doug Lewis (ministre de la Justice et procureur général du Canada) propose : Que le projet de loi C-38, Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale, la Loi sur la responsabilité de l'État, la Loi sur la cour suprême et d'autres lois en conséquences, soit lu pour la deuxième fois et renvoyé à un comité législatif.

—Monsieur le Président, je veux dire dès le départ que je suis très heureux de pouvoir proposer ce projet de loi qui tend à modifier principalement la Loi sur la Cour fédérale et aussi la Loi sur la responsabilité de l'État. L'objectif global de ce projet de loi est double, soit faciliter au citoyen ordinaire qui désire poursuivre le gouvernement fédéral l'accès aux tribunaux et diminuer ou éliminer certaines barrières et inégalités que confronte ce dernier lorsqu'il intente de telles poursuites.

Je traiterai d'abord de propositions qui touchent la Loi sur la Cour fédérale. Créée il y a maintenant presque vingt ans, la Cour fédérale remplaçait la Cour de l'Échiquier. Tout en conférant à la Cour fédérale des compétences qui étaient, en grande partie, similaires à celles qu'exerçait précédemment la cour de l'Échiquier, cette loi innovait sur plusieurs points. Par exemple, elle instituait au sein de la Cour fédérale une juridiction d'appel; précédemment il ne pouvait être interjeté appel [*sic*] des décisions de la Cour de l'Échiquier que directement devant la Cour suprême du Canada. [La loi, en 1971, a établi une nouvelle Cour d'appel fédérale pour entendre les appels des décisions de la division de première instance de la Cour fédérale.]

Elle conférait en outre à la Cour fédérale une nouvelle compétence : le pouvoir de surveillance et de contrôle des offices et tribunaux fédéraux. De façon générale, nous pouvons décrire la création de la Cour fédérale, il y a de cela une génération, comme une réforme audacieuse et inspirée du système judiciaire fédérale [*sic*] en matière civile, qui a bénéficié à tous les Canadiens. Dans le cadre du système de justice canadien, cette cour possède une valeur inestimable et répond à divers besoins que les cours provinciales ne peuvent pas adéquatement satisfaire.

First, the Federal Court is a Canada-wide court which has national jurisdiction. As a result it is not impeded by any territorial limitations on jurisdiction and on process to which the provincial courts are necessarily subject. The nation-wide quality of the Federal Court has proven essential for example in cases of admiralty and intellectual property, patents, copyright, trademarks and industrial design.

Second, the Federal Court is a court with specialized knowledge in a few specific areas. These include the Income Tax Act and other federal revenue laws, intellectual property and admiralty law.

The importance of the Federal Court to the Canadian legal system is evidenced by the fact that although the court and the provincial courts both have jurisdiction with respect to matters such as intellectual property and admiralty matters, most matters of this type are brought in the federal court.

Third, the Federal Court helps to ensure that the federal tribunals operate effectively, efficiently, and fairly throughout Canada under federal legislation that applies uniformly across the entire country.

I think it is appropriate at this time to pay tribute to the present Leader of the Opposition who as the Minister of Justice of the day in 1970 introduced legislation that established the court. Since that time there has been an opportunity for assessing the results of that experiment. I think it is fair to say that the Federal Court has proven to be an over-all success. But our assessment—and I think it is fair to say the assessment of the bar and others—has revealed a number of areas where improvements could be usefully made to the Federal Court Act and the related legislation.

Mr. Speaker, the major objectives of the proposals contained in this Bill are to facilitate access by individual Canadians to the federal civil justice system, to make that justice system fairer, to improve its efficiency and effectiveness and to improve service to the public provided by that system.

The first objective is that the Federal Court in particular and the federal justice system in general should be accessible to the ordinary citizen.

For example, a person should be able to sue the Crown in a suitably convenient court for breach of contract to purchase goods or for negligent driving by a Crown employee that causes injuries to another motorist. At the moment, such actions can only be brought in the Federal Court. However, it is not as available as provincial courts.

Premièrement, la cour fédérale est une cour dotée d'une juridiction territoriale nationale dont les procédures et opérations ne seraient pas soumises aux restrictions territoriales auxquelles sont assujetties les cours provinciales. L'existence d'une telle juridiction s'est révélée essentielle, par exemple, dans les litiges en matière d'amirauté et de propriété intellectuelle.

Deuxièmement, elle est une cour qui possède une expertise dans certains domaines particuliers, tels la *Loi de l'impôt* et les autres lois fiscales, le droit de la propriété intellectuelle et le droit de l'amirauté.

Le public a accepté le besoin et l'importance de la Cour fédérale dans le système judiciaire canadien. En effet, nonobstant le fait que cette cour et les cours provinciales possèdent une compétence concurrente en matière d'amirauté et de propriété intellectuelle, c'est en Cour fédérale que sont engagées la plupart des procédures.

Troisièmement, la Cour fédérale concourt à ce que les tribunaux fédéraux exercent leur activité effectivement, efficacement et équitablement dans tout le Canada en vertu de la législation fédérale qui s'applique uniformément dans tout le pays.

Je tiens à souligner, monsieur le Président, que c'est l'actuel chef de l'opposition qui, à titre de ministre de la Justice de l'époque, a présenté la loi créant la Cour fédérale en 1970. Depuis lors, nous avons eu l'occasion d'évaluer les résultats de cette expérience. Dans l'ensemble, nous pouvons dire qu'elle a été réussite. Cependant, nous—de même que le barreau, notamment—avons pu constater que certaines améliorations pourraient être apportées à la Loi sur la Cour fédérale et à certaines lois connexes.

Monsieur le Président, les objectifs principaux que poursuivent les propositions énoncées dans le projet de loi sont les suivants : faciliter aux Canadiens l'accès au système judiciaire fédérale [*sic*] en matière civile; rendre ce système plus équitable; améliorer son efficacité; améliorer les services qu'offre ce système aux justiciables.

Le premier de ces objectifs est de donner accès à tous les citoyens au système judiciaire fédérale [*sic*] et plus particulièrement à la Cour fédérale.

Par exemple, une poursuite fondée sur le bris d'un contrat d'achat de marchandises ou sur des blessures causées à un automobiliste par la négligence au volant d'un préposé de la Couronne devrait pouvoir être intentée devant le tribunal qui convient le mieux au demandeur. Actuellement, seule la Cour fédérale peut entendre de telles actions. Or, elle n'est pas aussi accessible que les cours provinciales.

The Federal Court, only has offices in the larger centres and judges of the Court, based as most of them are in the National Capital Region, are not as readily or as frequently available throughout Canada as are judges of provincial courts.

Moreover, for both citizen and lawyer alike, provincial courts, including their procedures and personnel, are much more familiar.

Therefore, the Federal Court is often not the most convenient one for the private litigant. With this in mind, the government has proposed that both the provincial courts and the Federal Court share jurisdiction with respect to such actions, thereby generally giving the plaintiff a choice of forum.

...

A second objective in the amendments is fairness. Fairness, with the powerful voice of the Canadian Charter of Rights and Freedoms in support, strongly suggests that distinctions between litigants should be kept to a minimum and any that exist require a rational justification.

To illustrate this point, I would point to the present legislation which confers a number of special privileges and immunities on the Crown that no longer have quite the same justification as they once did. Of particular interest are the special notice requirements when the Crown is sued, and the immunity of the Crown from paying prejudgment interest. The bill will remove or modify these specific privileges and, in doing so, continue the trend of placing the Crown on a footing of greater equality with the ordinary citizen.

A third objective is to improve the efficiency and the effectiveness of the federal civil justice system. As I already mentioned, there is a confusing split in the supervisory jurisdiction of the trial division and the court of appeal. The bill clarifies exactly what remedies are available, on what grounds, and where a citizen goes to obtain them, thereby reducing confusion, needless delay, duplication and expense.

A second area of inefficiency relates to the constitutional limitation on the federal court's jurisdiction in the field of Crown proceedings. The Crown can be sued but cannot sue in tort and contract in that court. The result has been that when an action is launched against the Crown in the Federal Court, the Crown must bring separate proceedings against the plaintiff or some other person in a provincial court. That is known as a counter-claim in third party proceedings.

En effet, les bureaux de la Cour sont situés dans les centres urbains importants. Quant aux juges de cette Cour, ils opèrent pour la plupart à partir de la région de la Capitale nationale et, de ce fait, ne sont pas aussi disponibles que leurs collègues des cours provinciales.

De plus, citoyens et avocats connaissent mieux les cours provinciales, y compris leurs règles de pratique et leur personnel.

Il est donc évident que souvent la Cour fédérale n'est pas le tribunal qui convient le mieux aux parties privées. C'est pourquoi le gouvernement propose que les cours provinciales et la Cour fédérale se partagent la compétence relative à ce type d'actions [*sic*]. Ceci donnerait généralement au demandeur le choix du tribunal.

[...]

Le deuxième objectif poursuivi par la réforme est un objectif d'équité. À un premier niveau, la notion d'équité, fortement influencée par la Charte, implique que les distinctions faites en loi entre les parties à un litige devraient être réduites au strict minimum et que celles qui existent actuellement devraient être justifiées rationnellement.

Par exemple, la loi confère actuellement à la Couronne un certain nombre de privilèges et d'immunités dont les raisons d'être ne se justifient plus autant. Je veux parler en particulier des avis qu'il faut donner à la Couronne avant de la poursuivre, et de la règle exemptant cette dernière de l'obligation de payer des intérêts avant jugement. Le projet de loi supprime ou modifie ces privilèges; à ce titre, il respecte la tendance voulant que la Couronne soit de plus en plus placée sur un pied d'égalité avec les citoyens ordinaires.

Le projet de loi vise un troisième objectif : améliorer l'efficacité du système judiciaire fédéral en matière civile. J'ai déjà fait mention de la confusion qui résulte du partage du pouvoir de surveillance et de contrôle entre les sections de première instance et de la Cour fédérale. Le projet de loi énonce clairement quels sont les recours dont dispose le public, les motifs donnant ouverture à ces derniers et les juridictions auxquelles doivent s'adresser les citoyens, réduisant de ce fait la confusion, les délais inutiles, le dédoublement des procédures et les frais.

Il existe une autre cause d'inefficacité : la restriction d'ordre constitutionnel limitant la compétence de la cour dans le cadre de poursuites intéressant la Couronne. La Couronne peut être poursuivie en matière délictuelle et contractuelle devant la Cour fédérale, mais elle ne peut pas y tenter de poursuites. Il s'ensuit que lorsqu'elle est poursuivie en Cour fédérale, la Couronne doit tenter devant une cour provinciale, des procédures distinctes contre le demandeur ou

Remedies to eliminate this inefficient and wasteful method of disposing of Crown litigation is also addressed in the bill.

The fourth objective is to improve more generally service to the public by the federal civil justice system. In support of the objective to improve access to the public, the government proposes in this bill to transfer to provincial courts full responsibility for compensation appeals under a number of agriculture statutes. *In addition a number of provisions, which provide for an absolute bar to a suit against the Crown if certain notice requirements are not fulfilled, will be repealed.*

Moreover, the review of decisions and activities of federal administrative bodies will be conferred on the trial division rather than the Court of Appeal. Since matters at the trial division are reviewed by a single judge as compared to the three judges when an appeal is heard, litigants will have more flexibility and improved access to the court.

This proposal will also enable members of the Appeal Court to devote more of their time to considering cases of broad public importance.

Proceeding to the Bill itself, Mr. Speaker, and before giving detailed consideration to its provisions, I believe it may be useful to list, briefly and generally, the reforms the Bill contains.

First of all, whereas at present ordinary common law and civil law actions for relief against the federal Crown can only be brought in the Federal Court, as mentioned earlier, under the Bill that jurisdiction will be shared with provincial courts.

Second, an entirely new regime for supervising the validity and legality of the activities of the federal government it being established.

Third, the provisions of the Federal Court Act that govern appeals from the Federal Court to the Supreme Court of Canada are being transferred to the Supreme Court Act.

In that way, appeals from provincial courts and the Federal Court to the Supreme Court of Canada will all be dealt with together in the same statute.

Fourth, drawing on the experiences of some of the provinces, a representative rules committee composed of Federal Court judges and representatives of the legal profession and the Attorney General is being established to make the rules of the court.

une tierce personne. Ces procédures sont connues sous le nom de demande reconventionnelle et de mise en cause. Le projet de loi corrige aussi cette façon inefficace et coûteuse de procéder dans les actions auxquelles la Couronne est partie.

Le quatrième objectif visé au projet de loi est d'améliorer, de façon générale, le service que peut offrir aux justiciables en matière civile, le système judiciaire fédéral. Pour ce faire, le projet de loi transfère aux cours provinciales la compétence relative aux appels intéressant des questions d'indemnisation interjetés en vertu de certaines lois concernant l'agriculture. Il propose également l'abrogation d'un certain nombre de dispositions qui prévoient l'irrecevabilité absolue de poursuites intentées contre la Couronne si un avis requis par la loi n'a pas été donné.

De plus, le pouvoir de contrôle et de surveillance des décisions et des activités des offices fédéraux sera conféré à la section de première instance plutôt qu'à la Cour d'appel. Puisque c'est un juge seul qui entend les litiges portés devant la section de première instance, par opposition à trois juges à la Cour d'appel, il en résultera une flexibilité et une accessibilité accrues pour les parties.

Cette proposition permettra de surcroît aux juges de la Cour d'appel de consacrer plus de temps aux causes soulevant une question importante d'intérêt public.

J'en arrive maintenant au projet de loi lui-même. Avant d'en examiner son contenu en détail, je crois, monsieur le Président, qu'il est opportun d'énumérer brièvement l'ensemble des réformes qu'il comprend.

D'abord, le projet de loi prévoit que la compétence relative aux demandes de réparation ordinaires intentées contre la Couronne fédérale, en vertu de la *Common Law* ou du droit civil, laquelle compétence n'appartient présentement qu'à la Cour fédérale, sera désormais partagée avec les cours provinciales.

Deuxièmement, il établit un régime entièrement nouveau en matière de surveillance et de contrôle de la validité et de la légalité des activités du gouvernement fédéral.

Troisièmement, les dispositions régissant l'appel à la Cour suprême des décisions de la Cour fédérale passent de la Loi sur la Cour fédérale à la Loi sur la Cour suprême.

Ainsi, les dispositions relatives aux appels des décisions des cours provinciales et de la Cour fédérale seront toutes réunies dans une même loi.

Quatrièmement, s'inspirant de l'expérience de certaines provinces, le projet de loi prévoit la constitution d'un comité représentatif des règles chargé d'établir les règles de pratique de la cour.

This Committee will include judges of the Federal Court, representatives of the legal profession and the Attorney General, who will work together to improve court proceedings.

Fifth, modifications to some of the procedural advantages now enjoyed by the Crown are being made. These include the repeal of some of the special notice requirements in the Crown Liability Act and the imposition of responsibility on the Crown to pay prejudgment interest.

Sixth, consequent upon the increased role of provincial courts in the area of Crown proceedings, it is necessary that there be legislation dealing generally with practice and procedure when the Crown is a party to litigation. At present such matters are duplicated by the Federal Court Act and the Crown Liability Act simply because the latter is restricted in scope to actions against the Crown in tort, that is, civil wrongs of a non-contractual nature. All such provisions are being consolidated and are retitled Crown Liability and Proceedings Act. The Federal Court Act itself will no longer provide specifically, as it does now, for such matters.

Seventh, a few minor changes to the admiralty provisions of the Federal Court Act are being made. The definition of "ship" is being updated to bring it in conformity with recent changes to the meaning of that word in the Canada Shipping Act.

As well, authority is being conferred on the Federal Court to improve the scope of remedies available to the owner of the ship which has suffered damage.

That, in a nutshell, is what the bill proposes to do. In summary, this proposed legislation is going to improve access by Canadians to the courts. It is going to introduce *[sic]* greater fairness into the federal civil justice system and will enhance the efficiency and the effectiveness of that system.

We think that this measure is a step forward and will provide Canadians with a more rational, comprehensible and open process for litigating matters with the federal government.

Consequently, I urge Members of this House to give this Bill their full support.

Mr. Derek Lee (Scarborough—Rouge River): Mr. Speaker, I am delighted to have an opportunity today to speak to this badly needed and long awaited reform to the Federal

Ce Comité sera composé de juges de la Cour fédérale, de représentants de la profession juridique et du procureur général qui agiront de concert pour améliorer la procédure de la cour.

Cinquièmement, le projet de loi modifie certains avantages procéduraux dont jouit actuellement la Couronne. Ces changements comprennent l'abrogation de certaines exigences spéciales relatives aux avis qui doivent être donnés à la Couronne en vertu de la Loi sur la responsabilité de l'État et imposent à la Couronne le paiement d'intérêts avant jugement.

Sixièmement, suite du rôle accru des cours provinciales en matière de procédures intéressant la Couronne, il devient nécessaire qu'une loi énonce les règles générales de preuve et de procédure applicables aux instances auxquelles la Couronne est partie. Actuellement, ce domaine est couvert par deux lois, la Loi sur la Cour fédérale et la Loi sur la responsabilité de l'État. Ce dédoublement est attribuable au fait que cette dernière loi ne s'applique qu'aux actions en responsabilité délictuelle intentées contre la Couronne, c'est-à-dire les actions civiles de nature non contractuelle. Toutes ces dispositions sont réunies dans une seule loi intitulée Loi sur la responsabilité et les procédures contre l'État. Conséquemment, les dispositions particulièrement en cette matière retrouvées dans la Loi sur la Cour fédérale seront abrogées comme elle fait actuellement.

Septièmement, le projet de loi apporte quelques changements mineurs aux dispositions de la Loi sur la Cour fédérale intéressant l'amirauté. La définition de « navire » est modifiée pour la rendre conforme à celle que nous retrouvons maintenant dans la Loi sur la marine marchande du Canada.

Le projet confère en outre à la Cour fédérale le pouvoir d'améliorer la portée des redressements dont peuvent se prévaloir les propriétaires de navires qui ont subi des dommages.

En somme, c'est ce que ce projet de loi entend faire. En résumé, il vise à améliorer l'accessibilité aux tribunaux et à rendre le système judiciaire fédéral en matière civile plus équitable et plus efficace.

C'est un immense progrès vers l'application d'un système où les litiges opposant les Canadiens au gouvernement fédéral seront traités de façon plus ouverte, rationnelle et compréhensible.

Je prie donc les députés de cette Chambre d'accorder à ce projet de loi leur plein appui.

M. Derek Lee (Scarborough—Rouge River): Monsieur le Président, je suis ravi d'avoir aujourd'hui la possibilité de donner mon avis sur les modifications proposées à la Loi sur

Court Act, the Crown Liability Act, the Supreme Court Act and several other federal statutes, generally all pertaining to the federal court procedures and technical requirements which our members of the public must follow or endure as they involves [*sic*] themselves in litigation or contest with the federal government or federal interests.

...

The reforms that have been proposed now are just not for lawyers, but they are for the public as well. They remove ambiguity, they broaden jurisdiction appropriately, they remove some technical limitations, and they streamline procedures. I know those are probably the words of the hon. minister and the government, but as a practicing solicitor prior to arriving here I concur that these technical changes are long overdue and they will produce real savings and efficiencies in the cost of litigation.

Up to now it has been common to commence litigation by issuing a filing process in both the Federal Court and the superior court of the province. Not only was it a wasteful duplication, but it also required the lawyer and the support staff to devote resources to the avoidance of technical or other obstacles in both courts. There is a veritable mine field of obstacles out there from the legal point of view. That this relatively non-controversial set of reforms remained unrectified for so long is I think a bit of an embarrassment to this Parliament.

...

Mr. Svend J. Robinson (Burnaby—Kingsway): Mr. Speaker, I am pleased to rise to participate in this debate on the proposed amendments to the provisions of the various acts, both the Federal Court Act and the Crown Liability Act dealing with the federal court.

...

Turning to the provisions of the Federal Court Act and the Crown Liability Act, I note that Bill C-38 is legislation which represents the first major change to the Federal Court Act and the Crown Liability Act since the Federal Court Act was introduced in 1971. For those Canadians who are not familiar with the Federal Court, perhaps it is appropriate to comment briefly on the jurisdiction of that body.

The Federal Court, which includes both the Trial Division and the Federal Court of Appeal, was established by

la Cour fédérale, la Loi sur la responsabilité de l'État, la Loi sur la Cour suprême et d'autres lois en conséquence. Ces modifications dont nous avons grand besoin et que nous attendions depuis fort longtemps ont généralement trait à l'ensemble de la procédure de la Cour fédérale et des critères administratifs que doivent respecter ou subir les Canadiens dans tout procès intenté contre le gouvernement fédéral ou portant sur des intérêts fédéraux.

[...]

Les réformes proposées ne sont pas seulement pour les avocats, mais aussi pour le public. Elles lèvent des ambiguïtés, elles élargissent le champ de compétence, elles suppriment certaines restrictions techniques et elles simplifient la procédure. Je sais que ce sont probablement les propos du ministre et du gouvernement, mais en tant qu'avocat actif avant mon arrivée ici, je sais que ces changements s'imposent et qu'ils occasionneront des économies réelles de temps et d'argent lors des procès.

Jusqu'à maintenant, il était de pratique courante de commencer le procès en déposant la demande introductive d'instance à la Cour fédérale et à la cour supérieure de la province. C'était non seulement une duplication coûteuse, mais en plus cela exigeait que l'avocat et son personnel consacrent des ressources à éviter les obstacles techniques et autres devant les deux tribunaux. Du point de vue juridique, les obstacles constituent un véritable champ de mines. Que cet ensemble de réformes, que personne ne conteste, reste aussi longtemps sans être rectifié est, je pense, un peu embarrassant pour le Parlement.

[...]

M. Svend J. Robinson (Burnaby—Kingsway) : Monsieur le Président, je me réjouis de participer à ce débat sur les modifications qu'on propose d'apporter à diverses lois, soit à la Loi sur la Cour fédérale et à la Loi sur la responsabilité de la Couronne en ce qu'elle a trait à la Cour fédérale.

[...]

En ce qui concerne la Loi sur la Cour fédérale et la Loi sur la responsabilité de l'État, je note que le projet de loi C-38 propose le premier changement important de ces deux mesures législatives depuis l'adoption de la première en 1971. Je vais donner un bref aperçu des fonctions de la Cour fédérale pour ceux qui ne les connaîtraient pas bien.

La Cour fédérale, qui comprend la division de première instance et la cour d'appel, a été créée par le Parlement en

Parliament in 1971 to deal with, among other things, lawsuits against the federal government, cases based wholly on federal law, patents and copyright for example, maritime law, interpretation of the Access to Information Act, the Privacy Act, and challenges to decisions by federal tribunals, the Tariff Board and the Pensions Appeal Board, for instance.

...

There have been a number of concerns arising about the jurisdiction of the Federal Court. It is an incredibly complicated area of law. A lawsuit, for example, which involves claims against both the federal government and private individuals, corporations or other governments can be very, very complicated. In some cases, such a lawsuit cannot be disposed of in one court alone. It actually has to be taken in a number of different courts.

One example of this was the litigation that arose from the 1978 crash at the Cranbrook airport. In that instance, the plaintiff airline brought action against the federal Ministry of Transport, various Crown servants, the city of Cranbrook, various city employees and the manufacturers of the airplane and the plane's thrust reversers. The Trial Division of the Federal Court decided that while the Ministry of Transport had to be sued in Federal Court, ministry employees, like other defendants, had to be sued separately in the B.C. Supreme Court since their liability was governed by common law.

There are many other examples of a similar nature of the confusion in jurisdiction between the Federal Court and provincial superior courts.

...

I referred earlier to the two main areas of confusion about the Federal Court, the distribution of jurisdiction between the Federal Court and the existing provincial superior courts and the division of responsibility between the Trial Division and the Federal Court of Appeal. I am not going to summarize the jurisdiction of the Federal Court at this time. That has been done by the minister in his comments. To the extent that Bill C-38 attempts to resolve some of the confusion, uncertainty and difficulty that has arisen with respect to jurisdiction, those are changes that we in general terms support.

...

1971 pour s'occuper notamment des poursuites intentées contre le gouvernement fédérale [*sic*], des affaires ne mettant en cause que des lois fédérales, comme les brevets et le droit d'auteur, par exemple, du droit maritime, de l'interprétation de la Loi sur l'accès à l'information et de la Loi sur la protection de la vie privée et des appels interjetés contre les décisions de tribunaux fédéraux tels que la Commission du tarif et la Commission d'appel des pensions.

[...]

Plusieurs questions se sont posées au sujet de la juridiction de la Cour fédérale, qui s'occupe d'un domaine du droit qui est incroyablement complexe. Par exemple, un procès dans lequel un plaignant demande un recours à la fois contre le gouvernement fédéral et des particuliers, des sociétés privées ou d'autres gouvernements peut être d'une complexité inimaginable. Dans certains cas, l'affaire ne peut être réglée par un seul tribunal. Il faut en saisir différents tribunaux.

Les procédures qui ont porté sur l'écrasement d'un avion à l'aéroport de Cranbrook, en 1978, en sont un exemple. Dans cette cause, le demandeur, c'est-à-dire la ligne aérienne, a intenté un procès contre le ministère fédéral des Transports, divers fonctionnaires, la municipalité de Cranbrook, divers employés municipaux, les fabricants de l'avion et des inverseurs de poussée de l'appareil [*sic*]. La division de première instance de la Cour fédérale a statué qu'il fallait poursuivre le ministère des Transports devant la Cour fédérale, mais qu'il fallait poursuivre séparément devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique les employés du ministère, tout comme les autres défendeurs, puisque leur responsabilité était régie par la common law.

Il existe beaucoup d'autres exemples analogues de la confusion créée par la juridiction de la Cour fédérale et celles des cours supérieures provinciales.

[...]

J'ai déjà fait état des deux principaux domaines où règne la confusion à propos de la Cour fédérale, soit d'une part le partage des compétences entre la Cour fédérale et les cours supérieures actuelles des différentes provinces, et d'autre part le partage des compétences entre la Section de première instance et la Cour d'appel fédérale. Pour le moment, je n'entends pas résumer la compétence de la Cour fédérale. Le ministre l'a déjà fait au cours de son exposé. Quant aux changements que le projet de loi C-38 propose pour dissiper la confusion et l'incertitude en ce qui concerne le partage des compétences, nous les appuyons dans l'ensemble.

[...]

I want to emphasize again that certainly in principle we support this legislation, and the changes that have been proposed in many instances are long overdue. The bill will introduce an element of equity and fairness into a system which is too often confusing and unfair. It is legislation that will require careful study in the legislative committee which has been appointed to consider it.

...

Ms. Mary Clancy (Halifax): Mr. Speaker, I rise today with some concerns regarding this bill, but in general, I can say it certainly is an idea whose time has come. In actual fact, its time had come a number of years ago.

...

In cases against the Crown, these changes will make it much easier for lawyers to take the proceedings before the superior court in their own provinces where they generally have more expertise. Ultimately this will benefit people who sue the Crown. [Emphasis added.]

3. Conclusion

[25] From what was said by the Minister on the second reading of Bill C-38, as emphasized in the quotation from Hansard, Parliament's intention in passing section 50.1 is clear: issues for determination in litigation against the Crown must not be allowed to be split between the Federal Court and provincial courts. On this basis, I agree with Justice Hugessen's statement in *Aussant* that prohibiting this from happening by entering a stay is mandatory.

[26] As a result, I find that Baptiste's interpretation of "desire" is not correct. By reading *Charalambous* and *Aussant* together, as described in Section II above, all that Canada is required to prove to have a stay issued is a *bona fide* intention. I am unable to find any support for Baptiste's argument for an expansion of this established criterion to include the application of a fuller measure of discretion for granting a stay under section 50.1. In oral argument, counsel for Baptiste made it clear that an element in its objection to the motion is the concern to hold Canada responsible with respect to its *sui generis*

Je tiens à dire encore une fois que nous approuvons certes en principe la mesure à l'étude et que les modifications qui y sont proposées se faisaient attendre depuis longtemps dans bien des cas. Cette mesure va faire entrer un élément d'équité et de justice dans un système qui est trop souvent déroutant et injuste. C'est une mesure qu'il faudra examiner attentivement au comité législatif qui a été constitué pour l'étudier.

[...]

M^{me} Mary Clancy (Halifax) : Monsieur le Président, j'éprouve certaines préoccupations au sujet de ce projet de loi mais, généralement parlant, je puis dire que la mesure nous est assurément présentée à point nommé. En fait, voilà quelques années déjà que nous la souhaitons.

[...]

Dans les procès intentés contre l'État, il sera beaucoup plus facile pour les avocats, grâce à ces changements, de porter la cause devant la cour supérieure de leur province, qui a généralement plus d'expérience dans le domaine. Ces modifications seront donc avantageuses pour les personnes qui intentent des procès contre l'État. [Non souligné dans l'original.]

3. Conclusion

[25] D'après ce qu'a déclaré le ministre à la seconde lecture du projet de loi C-38, comme le souligne l'extrait tiré du Hansard, l'intention qu'avait le Parlement en adoptant l'article 50.1 est clair : les questions à trancher lors d'un litige contre la Couronne ne doivent pas être scindées entre la Cour fédérale et les tribunaux provinciaux. Pour cette raison, je souscris à la déclaration du juge Hugessen dans la décision *Aussant*, à savoir qu'il est impératif d'empêcher que cela se produise en engageant une suspension.

[26] Je conclus donc que l'interprétation que fait Baptiste de l'« intention » (« *desire* » en anglais) est inexacte. Il ressort de la lecture combinée des arrêts *Charalambous* et *Aussant*, comme je l'ai décrit à la section II qui précède, que tout ce que le Canada doit prouver pour qu'une suspension soit ordonnée est une intention véritable. Il m'est impossible de trouver une justification quelconque à l'argument de Baptiste en faveur d'un élargissement de ce critère établi de façon à inclure l'application d'un degré de pouvoir discrétionnaire plus large pour accorder une suspension en vertu

relationship with the Aboriginal defendants. I understand this motivation, but find it does not affect the legal determination I have made.

[27] As a result, I find that Canada's motion does not lack a legal basis.

[28] Since Canada has maintained its intention to claim against third parties since 1997, and since Canada continues to express this intention in the evidence in support of the motion, I find there is ample evidence to prove that Canada has a *bona fide* desire to commence third-party proceedings in the Alberta Court of Queen's Bench, and as a result, I find that there is no impediment to granting the stay requested, if section 50.1 is found not to be unconstitutional.

IV. Is section 50.1 Unconstitutional?

[29] The following statement constitutes Baptiste's "Notice" pursuant to section 57 of the *Federal Courts Act* that the constitutional validity of section 50.1 is in question in the determination of the motion:

AND FURTHER TAKE NOTICE that the legal basis for the constitutional questions is as follows:

Section 50.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, as amended, is constitutionally invalid and inapplicable to the proceedings herein, on the grounds that follow.

Section 50.1 of the *Federal Courts Act* purports to require the Federal Court to stay proceedings at the discretion of the Attorney-General of Canada. In so providing, the section violates the principles of the separation of powers, the independence and impartiality of the judiciary and of access to justice by litigants and particularly Aboriginal litigants raising claims against the Crown on the basis of constitutionalized Treaty and Aboriginal rights.

de l'article 50.1. Dans leur plaidoirie, les avocats de Baptiste ont clairement indiqué que l'un des éléments de l'opposition de ce dernier à la requête est le souci de tenir le Canada responsable de sa relation *sui generis* avec les défendeurs autochtones. Je comprends cette motivation, mais je considère qu'elle n'a pas d'incidence sur la détermination juridique que j'ai effectuée.

[27] En conséquence, je conclus que la requête du Canada n'est pas dénuée d'un fondement juridique.

[28] Vu que le Canada maintient son intention de procéder à une mise en cause depuis 1997, et qu'il continue d'exprimer cette intention dans la preuve présentée à l'appui de la requête, je conclus que la preuve est suffisante pour établir que le Canada a l'intention véritable d'engager une procédure de mise en cause devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta; cela étant, je conclus que rien n'empêche d'accorder la suspension demandée, à la condition qu'il soit déterminé que l'article 50.1 n'est pas inconstitutionnel.

IV. L'article 50.1 est-il inconstitutionnel?

[29] La déclaration qui suit constitue l'« avis » de Baptiste visé à l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, selon lequel la validité constitutionnelle de l'article 50.1 est mise en doute dans la détermination de la requête :

[TRADUCTION]

ET PRENEZ NOTE ÉGALEMENT que le fondement juridique des questions constitutionnelles est le suivant :

L'article 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, dans sa forme modifiée, est constitutionnellement invalide et inapplicable à la présente instance, et ce, pour les motifs qui suivent.

L'article 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* vise à obliger la Cour fédérale à suspendre une instance à la discrétion du procureur général du Canada. En prévoyant cela, l'article viole les principes de la séparation des pouvoirs, de l'indépendance et de l'impartialité de l'appareil judiciaire, ainsi que de l'accès à la justice de parties, et notamment de parties autochtones qui font une demande contre la Couronne en se fondant sur des droits ancestraux ou issus de traités qui sont constitutionnalisés.

These constitutional principles are foundational elements of the Constitution of Canada which are incorporated by reference in the Preamble of the *Constitution Act, 1867*, which makes reference to a constitution that is similar in principle to that of the United Kingdom. They are also specifically entrenched in the constitution in sections 96 to 101 of the *Constitution Act, 1867* as well as sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms, Constitution Act, 1982*.

Section 50.1 of the *Federal Courts Act* is therefore contrary to the Preamble and sections 96 and 101 of the *Constitution Act, 1867* as well as sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is of no force or effect pursuant to s.52 of the *Constitution Act, 1982*.

Section 50.1 of the *Federal Courts Act* purports to establish a procedure and limitations period that applies [*sic*] to parties to proceedings that were commenced in the Federal Court of Canada, stayed on application of the Attorney-General of Canada, and then possibly recommenced in a provincial court of competent jurisdiction. It is therefore *ultra vires* the legislative competence of the Parliament of Canada. In pith and substance, section 50.1 of the *Federal Courts Act* is in respect to a matter falling within exclusive provincial jurisdiction under sections 92(13) and (14) of the *Constitution Act, 1867*.

Based on the foregoing and for further clarity, the Plaintiffs state that they challenge the constitutionality of the section 50.1 [*sic*] of the *Federal Courts Act* on the following grounds:

- a) section 50.1 of the *Federal Courts Act* contravenes section 101 of the *Constitution Act, 1867*. *Inter alia*, section 50.1 is not founded on an existing body of federal law and is not a law of Canada within the meaning of section 101 of the *Constitution Act, 1867*;
- b) section 50.1 of the *Federal Courts Act* is in pith and substance a matter falling within exclusive provincial jurisdiction under sections 92(13) and 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. In this regard, section 50.1 provides for a procedure and for limitation periods governed exclusively by provincial law and interferes with the independence of the Superior Courts of the provinces;
- c) section 50.1 of the *Federal Courts Act* violates the constitutional principle of the separation of powers;
- d) section 50.1 of the *Federal Courts Act* violates section 52 of the *Constitution Act, 1982* by effectively reintroducing Crown immunity from suit at the desire of the Crown;

Ces principes constitutionnels sont des éléments fondamentaux de la Constitution du Canada qui sont intégrés par renvoi dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel fait référence à une constitution qui est similaire en principe à celle du Royaume-Uni. Ces principes sont également spécifiquement inscrits dans la Constitution aux articles 96 à 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi qu'aux articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés, Loi constitutionnelle de 1982*.

L'article 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* est donc contraire au préambule et aux articles 96 et 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ainsi qu'aux articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et il est inopérant aux termes de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'article 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* vise à établir une procédure et un délai de prescription qui s'appliquent aux parties à une instance qui a été engagée devant la Cour fédérale du Canada, suspendue sur requête du procureur général du Canada et reprise ensuite peut-être devant un tribunal provincial compétent. Cette disposition est donc *ultra vires* de la compétence législative du Parlement canadien. De par son caractère véritable, l'article 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* s'applique à une matière relevant de la compétence exclusive des provinces aux termes des paragraphes 92(13) et (14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Sur la base de ce qui précède, et pour plus de précision, les demandeurs déclarent qu'ils contestent la constitutionnalité de l'article 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* pour les raisons suivantes :

- a) l'article 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* contrevient à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Notamment, cet article n'est pas fondé sur un ensemble existant de règles de droit fédéral et n'est pas une loi du Canada au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*;
- b) l'article 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* est, de par son caractère véritable, une matière qui relève de la compétence exclusive des provinces en vertu des paragraphes 92(13) et 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À cet égard, l'article 50.1 prévoit une procédure et des délais de prescription qui sont explicitement régis par le droit provincial et il porte atteinte à l'indépendance des cours supérieures des provinces;
- c) l'article 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* viole le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs;
- d) l'article 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* viole l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* en réintroduisant l'immunité de juridiction de la Couronne, au gré de cette dernière;

- | | |
|--|---|
| <p>e) section 50.1 of the <i>Federal Courts Act</i> contravenes the independence and impartiality of the judiciary;</p> <p>f) section 50.1 of the <i>Federal Courts Act</i> contravenes sections 96 to 101 of the <i>Constitution Act, 1867</i> in respect to the powers and functions of Superior Court judges;</p> <p>g) section 50.1 of the <i>Federal Courts Act</i> contravenes the constitutional principle of access to justice and to the Courts by litigants;</p> <p>h) section 50.1 of the <i>Federal Courts Act</i> contravenes the access to the Courts of Aboriginal litigants with claims against the Crown on the basis of constitutionalized treaty and aboriginal rights and constitutionalized treaty, trust and fiduciary obligations of the Crown;</p> <p>i) section 50.1 of the <i>Federal Courts Act</i> contravenes the constitutional principle of natural justice and equality;</p> <p>j) section 50.1 of the <i>Federal Courts Act</i> contravenes the Preamble of the <i>Constitution Act, 1867</i> and the underlying values of the Constitution of Canada, including minority rights;</p> <p>k) section 50.1 of the <i>Federal Courts Act</i> contravenes section 15 of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>;</p> <p>l) section 50.1 of the <i>Federal Courts Act</i> contravenes section 24 of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>.</p> | <p>e) l'article 50.1 de la <i>Loi sur les Cours fédérales</i> contrevient à l'indépendance et à l'impartialité de l'appareil judiciaire;</p> <p>f) l'article 50.1 de la <i>Loi sur les Cours fédérales</i> contrevient aux articles 96 à 101 de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>, relativement aux pouvoirs et aux fonctions des juges des cours supérieures;</p> <p>g) l'article 50.1 de la <i>Loi sur les Cours fédérales</i> contrevient au principe constitutionnel de l'accès des parties à la justice et aux tribunaux;</p> <p>h) l'article 50.1 de la <i>Loi sur les Cours fédérales</i> contrevient à l'accès aux tribunaux des parties autochtones ayant des revendications contre la Couronne qui sont fondées sur des droits ancestraux ou issus de traités constitutionnalisés, ainsi que des obligations fiduciaires et issues de traités constitutionnalisés de la Couronne;</p> <p>i) l'article 50.1 de la <i>Loi sur les Cours fédérales</i> contrevient au principe constitutionnel de la justice naturelle et de l'égalité;</p> <p>j) l'article 50.1 de la <i>Loi sur les Cours fédérales</i> contrevient au préambule de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> ainsi qu'aux valeurs sous-jacentes de la Constitution du Canada, y compris les droits des minorités;</p> <p>k) l'article 50.1 de la <i>Loi sur les Cours fédérales</i> contrevient à l'article 15 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>;</p> <p>l) l'article 50.1 de la <i>Loi sur les Cours fédérales</i> contrevient à l'article 24 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>.</p> |
|--|---|

[30] The arguments advanced by Baptiste on the basis of the notice are consolidated into three questions for determination:

A. Is section 50.1 of the *Federal Courts Act* ultra vires?

B. Does section 50.1 offend the constitutional principles of separation of powers, judicial independence, and judicial impartiality?

C. Does section 50.1 offend access to justice?

During the course of the oral hearing of the motion, counsel for Baptiste confirmed that questions relating to

[30] Les arguments qu'invoque Baptiste dans son avis sont regroupés en trois questions à trancher :

A. L'article 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* est-il ultra vires?

B. L'article 50.1 contrevient-il aux principes constitutionnels de la séparation des pouvoirs, ainsi que de l'indépendance et de l'impartialité de l'appareil judiciaire?

C. L'article 50.1 fait-il obstacle à l'accès à la justice?

Au cours de l'audition de la requête, les avocats de Baptiste ont confirmé que les questions relatives aux

sections 7, 15, and 24 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]] are not being advanced in the present response to the Motion.

articles 7, 15 et 24 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]] ne sont pas mises de l'avant dans la présente réponse à la requête.

A. Is section 50.1 of the *Federal Courts Act* ultra vires?

A. L'article 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* est-il ultra vires?

[31] It is agreed that the test to be applied in answering this question is expressed in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641 as follows:

[31] Il est convenu que le critère à appliquer pour répondre à cette question est énoncé comme suit dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641 :

(1) Does the impugned provision intrude into the provincial head of power, and to what extent?

1) La disposition contestée empiète-t-elle sur une compétence provinciale et dans quelle mesure?

(2) If the impugned provision intrudes into a provincial head of power, is it nevertheless part of a valid federal legislative scheme?

2) Si la disposition contestée empiète sur une compétence provinciale, fait-elle néanmoins partie d'un régime législatif fédéral valide?

(3) If the impugned provision is part of a valid federal legislative scheme, is it sufficiently integrated with the scheme?

3) Si la disposition contestée fait partie d'un régime législatif fédéral valide, y est-elle suffisamment intégrée?

[32] In determining whether a provision is *ultra vires*, the Supreme Court of Canada has expressed that some caution is required; for example, in *Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] S.C.R. 529, at page 582:

[32] La Cour suprême du Canada a indiqué qu'il faut faire preuve d'une certaine prudence lorsque l'on détermine si une disposition est *ultra vires*; par exemple, dans l'arrêt *Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] R.C.S. 529, à la page 582 :

It is, I think, axiomatic that if words in a statute of Parliament (or of a legislature) are fairly susceptible of two constructions of which one will result in the statute being *intra vires* and the other will have the contrary result the former is to be adopted.

[TRADUCTION] Je crois qu'il est évident que si les mots employés dans une loi du Parlement (ou d'une législature) sont raisonnablement susceptibles de deux interprétations, dont une mènera au résultat que la loi est *intra vires* et dont l'autre mènera au résultat contraire, c'est la première des deux qu'il convient d'adopter.

And in *General Motors*, Chief Justice Dickson, at page 669 says the following:

Et, dans *General Motors*, le juge en chef Dickson écrit ceci, à la page 669 :

In determining the proper test it should be remembered that in a federal system it is inevitable that, in pursuing valid objectives, the legislation of each level of government will impact occasionally on the sphere of power of the other level of government; overlap of legislation is to be expected and accommodated in a federal state. Thus a certain degree of judicial restraint in proposing strict tests which will result in

[TRADUCTION] En déterminant le critère approprié, il faut se rappeler que, dans un régime fédéral, il est certain que, dans la poursuite d'objectifs réguliers, la mesure législative de chaque palier de gouvernement aura parfois des répercussions sur le domaine de compétence d'un autre palier du gouvernement; il faut s'attendre à ce qu'il y ait chevauchement de mesures législatives et il faut s'y adapter dans un État

striking down such legislation is appropriate.

1. Does the impugned provision intrude into the provincial head of power, and to what extent?

[33] Baptiste argues that section 50.1 is wholly within provincial constitutional authority. The focus in making this argument is subsection 50.1(3). It is agreed that two questions must be answered with respect to section 50.1.

a. the “pith and substance”

[34] In applying this first element of the test, the initial task is to determine the “pith and substance” of section 50.1, considering the purpose of the legislation with reference to intrinsic and extrinsic evidence, and the legal effects and the practical effects of the application of the provision (*Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, at paragraphs 52-54).

[35] Baptiste argues that section 50.1 provides for a procedure and for limitation periods, governed exclusively by provincial law, and thereby interferes with the independence of provincial superior courts.

[36] With respect to subsection 50.1(2), Baptiste’s argument is that this subsection is within provincial authority because it purports to say that a litigant “may” commence an action in a provincial court. As the argument goes, to say that a litigant is provided, by a provision, with permission to commence an action in a province is to say that the provision is within the legislative authority of the province, specifically with respect to property and civil rights. I do not accept this argument because I find that it disregards the federal scheme presented by section 50.1 considered in its entirety; that is, subsections 50.1(2) and (3) do not grant permission to commence an action, they provide an option to preserve the action stayed by bringing it in a

fédéral. Il est donc approprié que les tribunaux exercent une certaine forme de retenue quand ils proposent des critères stricts qui auront pour effet d’invalider de telles mesures législatives.

1. La disposition contestée empiète-t-elle sur une compétence provinciale et dans quelle mesure?

[33] Baptiste fait valoir que l’article 50.1 relève entièrement de la compétence constitutionnelle des provinces. Cet argument est fondé sur le paragraphe 50.1(3). Il est convenu qu’il y a deux questions auxquelles il est nécessaire de répondre en rapport avec l’article 50.1.

a. Le « caractère véritable »

[34] Lorsque l’on applique ce premier élément du critère, la tâche initiale consiste à déterminer le « caractère véritable » de l’article 50.1, eu égard à l’objet de la législation en se reportant à la preuve intrinsèque et à la preuve extrinsèque, ainsi qu’aux effets juridiques et aux effets pratiques de l’application de la disposition (*Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, aux paragraphes 52 à 54).

[35] Baptiste soutient que l’article 50.1 prévoit une procédure, et des délais de prescription, qui sont exclusivement régis par le droit provincial, et qu’il porte donc atteinte à l’indépendance des cours supérieures provinciales.

[36] Au sujet du paragraphe 50.1(2), Baptiste soutient que cette disposition relève de l’autorité provinciale, car elle dit censément qu’une partie « peut » engager une action devant un tribunal provincial. Selon cet argument, le fait de dire qu’une partie a, en vertu d’une disposition, l’autorisation d’engager une action dans une province équivaut à dire que la disposition relève de l’autorité législative de la province, surtout lorsqu’il est question de la propriété et des droits civils. Je ne souscris pas à cet argument, car je considère qu’il fait abstraction du régime fédéral que présente l’article 50.1 lorsqu’on le considère dans son intégralité, c’est-à-dire que les paragraphes 50.1(2) et (3) ne donnent pas l’autorisation d’engager une action, ils offrent la possibilité de

province free from limitation problems.

[37] Baptiste also relies on Justice Pinard's decision in *Bastien* to advance the argument that, once an action is commenced, substantive rights are created and the granting of a stay under section 50.1 impinges upon these rights. However, I find that, as *Bastien* dealt with a unique transition from one legal regime to another, the decision is distinguishable from the situation in the present case. It is apparent that Justice Pinard's finding that the plaintiff's vested, and therefore, substantive rights were negatively impacted by section 50.1 is based on the fact that the action was commenced 10 years before section 50.1 was enacted. Since, in the present case, section 50.1 was already law when Baptiste commenced the present action, I find that the *ratio* in *Bastien* does not apply.

[38] However, Baptiste's principal argument is with respect to a precise focus on subsection 50.1(3); Baptiste argues that this subsection is substantive and within provincial jurisdiction as follows (respondents' written representations, at paragraphs 154-167):

Section 50.1(3) provides for a deemed date of the commencement of legal proceedings in a provincial court following the stay of proceedings in the Federal Court pursuant to subsection 50.1(1) of the *Federal Courts Act*.

The application of the provision is subject to the condition that the proceedings in the provincial court be commenced within 100 days of the stay of proceedings in the Federal Court.

The apparent purpose of the provision is to force a plaintiff pursuing a claim against the Crown to choose, should the Attorney-General opt to bring third party proceedings that are beyond the jurisdiction of the Court, between a recourse in a provincial court or no recourse at all, but nevertheless to protect a claimant that has brought suit against the federal Crown within an applicable limitation period from losing the benefit of the interruption of the running of time.

Section 50.1 attempts to achieve the constitutionally delicate task of transferring a suit from a court that is within

préservé l'action suspendue en l'engageant dans une province sans problèmes de prescription.

[37] Baptiste se fonde aussi sur la décision du juge Pinard dans l'arrêt *Bastien* pour faire valoir que l'introduction d'une action crée des droits substantiels et que l'octroi d'une suspension en vertu de l'article 50.1 empiète sur ces droits. Je conclus toutefois qu'étant donné que l'arrêt *Bastien* avait trait à la transition particulière d'un régime juridique à un autre, la décision n'est pas comparable à la situation dont il est question en l'espèce. Il est manifeste que la conclusion du juge Pinard selon laquelle l'article 50.1 avait une incidence négative sur les droits acquis, et donc substantiels, du demandeur, repose sur le fait que l'action avait été introduite dix ans avant l'entrée en vigueur de l'article 50.1. Étant donné qu'en l'espèce l'article 50.1 était déjà en vigueur quand Baptiste a engagé la présente action, je conclus que le raisonnement exposé dans *Bastien* ne s'applique pas.

[38] Cependant, l'argument principal de Baptiste concerne spécifiquement le paragraphe 50.1(3); il fait valoir que ce dernier est une disposition de fond et qu'il relève de la compétence des provinces (observations écrites des défendeurs, aux paragraphes 154 à 167) :

[TRADUCTION] Le paragraphe 50.1(3) prévoit une date réputée pour l'introduction d'une action devant un tribunal provincial à la suite de la suspension des procédures au sein de la Cour fédérale en vertu du paragraphe 50.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

L'application de la disposition est soumise à la condition que l'action engagée devant le tribunal provincial débute dans les 100 jours qui suivent la suspension au sein de la Cour fédérale.

L'objet apparent de la disposition est de forcer un demandeur qui poursuit une demande contre la Couronne à choisir, si le procureur général décide d'engager une procédure de mise en cause qui excède la compétence de la Cour, entre le fait de soumettre un recours à un tribunal provincial ou de n'en soumettre aucun, mais de protéger néanmoins l'auteur d'une demande qui a intenté une poursuite contre la Couronne fédérale dans un délai de prescription applicable contre la perte de l'avantage que procure l'interruption du temps qui s'écoule.

L'article 50.1 tente d'accomplir la tâche constitutionnellement délicate de faire transférer une poursuite d'un tribunal

exclusive federal legislative jurisdiction under s. 101, to a court that is within exclusive provincial jurisdiction under s. 92(14) with a minimum of prejudice to the interests of litigants.

Unfortunately, the provision has far more than an “incidental effect” on matters that are within exclusive provincial jurisdiction pursuant to s. 92(13) and (14) of the *Constitution Act, 1867*.

The language of s. 50.1(3) is broad. It provides that “the claim against the Crown in the recommenced proceedings shall, for the purposes of any laws relating to prescription and the limitations of actions, be deemed to have been instituted on the day the proceedings in the Court were instituted.”

The expression “for the purposes of any laws relating to prescription and the limitations of actions” would be, on its face, applicable to a limitations provision governing the time during which a third party can be sued by a party pursuant to provincial legislation respecting contribution between tort-feasors or any other relevant statute or rule of common law.

In French, the text provides: “Pour l’application des règles de droit en matière de prescription dans le cadre des procédures reprises conformément au paragraphe (2), est réputée être la date de l’introduction de l’action celle de son introduction devant la Cour [...]”

The French text makes no distinction between the claim against the Crown and any proceedings the Crown may institute by way of third party proceedings. The use of the phrase “dans le cadre des procédures reprises” is broad enough to sweep all of the claims, counterclaims and third party claims in a particular action into the scope of application of s. 50.1(3). The phrase “l’introduction de l’action” is equally broad.

Subsection 50.1(3), if given an interpretation that is consistent with the broad language employed therein, would be applicable to claims against the Crown as well as to claims by the Crown against various parties.

For the purpose of limitations, it would determine the date of interruption of the running of time in the action by a plaintiff as against the Crown. By providing for the deemed date on which an action is commenced, it permits a plaintiff to bring a claim with respect to activities which would otherwise be statute-barred by the relevant provincial legislation. Moreover, by this latter device, it allows the Crown to revive the liability of third parties for contribution.

relevant de la compétence législative fédérale exclusive aux termes de l’article 101 à un tribunal relevant de la compétence provinciale exclusive aux termes du paragraphe 92(14), avec un minimum de préjudice aux intérêts des parties.

Malheureusement, la disposition a nettement plus qu’un « effet accessoire » sur les matières qui relèvent de la compétence exclusive des provinces, aux termes des paragraphes 92(13) et (14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le libellé du paragraphe 50.1(3) est vaste. Il prévoit, dans la version anglaise, que : « *the claim against the Crown in the recommenced proceedings shall, for the purposes of any laws relating to prescription and the limitations of actions, be deemed to have been instituted on the day the proceedings in the Court were instituted* ».

Le passage « *for the purposes of any laws relating to prescription and the limitations of actions* » s’appliquerait, à première vue, à une disposition de prescription régissant la période durant laquelle une partie peut poursuivre un tiers en vertu d’une loi provinciale relative à une contribution entre les responsables d’un dommage ou en vertu de toute autre loi ou règle de common law pertinente.

En français, le texte équivalent est le suivant : « Pour l’application des règles de droit en matière de prescription dans le cadre des procédures reprises conformément au paragraphe (2), est réputée être la date de l’introduction de l’action celle de son introduction devant la Cour [...] ».

Le texte français ne fait pas de distinction entre la demande contre la Couronne et n’importe quelle procédure que la Couronne peut engager par voie de mise en cause. Les mots « dans le cadre des procédures reprises » sont suffisamment vastes pour faire entrer dans le champ d’application du paragraphe 50.1(3) la totalité des demandes, demandes reconventionnelles et mises en cause qui sont introduites dans une action particulière. Les mots « l’introduction de l’action » ont eux aussi une portée générale.

Le paragraphe 50.1(3), si on l’interprète d’une manière qui cadre avec son libellé général, s’appliquerait à la fois aux demandes contre la Couronne et à celles de la Couronne contre diverses parties.

Pour ce qui est d’une prescription, cette disposition déterminerait la date à laquelle prendrait fin le temps qui s’écoule dans une action intentée contre la Couronne. En prévoyant la date à laquelle une action est réputée être introduite, la disposition permet à un demandeur d’introduire une demande concernant des activités qui, sans cela, serait prescrite par la législation provinciale applicable. En outre, par ce dernier mécanisme, elle permet à la Couronne de remettre en vigueur la responsabilité de mis en cause en matière de contribution.

However, it is clear that the liability to contribute is, in substantive terms, frequently founded upon a liability as between the third party and the plaintiff.

Dean v. Kociniak, 2001 CarswellAlta 709 (Alta. Q.B.). Tab B84. Glanville Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence* (London: Stevens, 1951). Tab B85

An action for contribution is a derivative action. The defendant can invoke against the third party only the claim that the plaintiff might have brought but did not bring. To the extent that the third party is immune from suit by the plaintiff, a defendant has no suit against that third party for contribution.

Canada Deposit Insurance Corp v. Prisco, 1996 CarswellAlta 237 (Alta C.A.). Tab B86

In pith and substance, s. 50.1 is addressed broadly to the matter of prescription and limitations of rights of action. [Emphasis added.]

[39] In response, Canada argues that the purpose and legal effect of section 50.1 is only procedural in nature (reply of the applicant, at paragraphs 74-79):

The legal effect of s.50.1, on the parties involved, is that proceedings are simplified and costs are kept to a minimum. For example, the parties appear before one court, presenting one case, with no duplication of evidence. Further, the parties have the benefit of having a full and fair hearing because all of the evidence is presented before one court, which also eliminates the possibility of inconsistent findings. Section 50.1 does not affect the substantive rights of the parties; rather, it simply ensures that proceedings take place before the proper court.

Broadly speaking, the legal effect of s.50.1 on the public at large, such as taxpayers, is the more efficient administration of justice both from a costs and procedural perspective.

The overall effects of s.50.1 indicate that its core is to promote efficiency and effectiveness in court proceedings. The provision is *procedural*, not substantive, in nature.

House of Common Debates (Hansard). Tab 3-a

The one hundred days provided under s.50.1(3) to move the matter to a provincial superior court, is an administrative tool that affects the rules of procedure, which provides the

Il est toutefois évident que la responsabilité en matière de contribution est, sur le plan substantiel, souvent fondée sur une responsabilité entre le mis en cause et le demandeur.

Dean c. Kociniak, 2001 CarswellAlta 709 (B.R. Alb.). Onglet B84. Glanville Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence* (Londres : Stevens, 1951). Onglet B85.

Une action en contribution est une action dérivée. Le défendeur peut uniquement invoquer contre le mis en cause la requête que le demandeur aurait pu introduire, mais qu'il n'a pas introduite. Dans la mesure où le mis en cause est à l'abri d'une poursuite de la part du demandeur, le défendeur ne peut poursuivre ce mis en cause pour fins de contribution.

Canada Deposit Insurance Corp. c. Prisco, 1996 CarswellAlta 237 (C.A. Alb.). Onglet B86.

De par son caractère véritable, l'article 50.1 porte de façon générale sur la question de la prescription. [Non souligné dans l'original.]

[39] En réponse, le Canada fait valoir que l'objet et l'effet juridique de l'article 50.1 ne sont que de nature procédurale (réponse du demandeur, aux paragraphes 74 à 79) :

[TRADUCTION] L'effet juridique de l'article 50.1 sur les parties en cause est que la procédure est simplifiée et les coûts sont tenus au minimum. Par exemple, les parties comparaissent devant un tribunal et présentent une seule série d'arguments, sans répétition de preuves. En outre, elles bénéficient d'une audition juste et complète, car la totalité de la preuve est présentée devant un seul tribunal, ce qui élimine également le risque de conclusions contradictoires. L'article 50.1 n'a pas d'incidence sur les droits substantiels des parties; il vise simplement à garantir que la procédure se déroule devant le tribunal compétent.

De façon générale, l'effet juridique qu'a l'article 50.1 sur le grand public, comme les contribuables, est l'administration plus efficace de la justice, tant au point de vue des coûts qu'à celui de la procédure.

Les effets généraux de l'article 50.1 dénotent que cette disposition a pour but premier de favoriser l'efficacité et l'efficacité des procédures judiciaires. La disposition est de nature *procédurale*, et non substantielle.

Débats de la Chambre des communes (Hansard). Onglet 3-a.

Le délai de cent jours que prévoit le paragraphe 50.1(3) pour soumettre l'affaire à une cour supérieure provinciale est un instrument administratif qui a une incidence sur les règles

parties with sufficient time to file their pleadings in a provincial superior court of competent jurisdiction.

Any other additional time, for example, the six months provided in the *Alberta Rules of Court* to file third party proceedings, *on its face*, appears to affect provincial limitation periods. However, typically, third party proceedings are not subject to a specified limitation period. Most provincial limitations legislation provides either a general bar to the limitations defence or is silent on this issue; a few provinces provide a bar to specific causes of action but are otherwise silent:

Provinces with general bars to limitations defence: British Columbia, *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c.266, s.4; Alberta, *Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12, s.6; Saskatchewan, *The Limitations Act*, S.S. 2004, c. L-16.1, s. 14; Ontario, *Limitations Act*, 2002, c.24, Schedule B, s.18; Nova Scotia, *Limitation of Actions Act*, R.S.N.S. 1989, c.258, s.3(2); Newfoundland, *Limitations Act*, S.N.L. 1995, c. L-16.1.

Provinces that are silent to limitations defence: Prince Edward of Island, *Statute of Limitations*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7; Yukon *Limitation of Actions Act*, R.S.Y. 2002, c. 139; Northwest Territories, *Limitation of Actions Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. L-8; Nunavut, *Limitation of Actions Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. L-8;

Provinces with bars to limitations defence for specific causes of action: Manitoba, *The Limitation of Actions Act*, C.C.S.M., c. L.150; Quebec, *Civil Code of Quebec*, S.Q., 1991, c.64; New Brunswick, *Limitation of Actions Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-8. *Tabs 1 a-m*

For the reasons stated above, s.50.1 (3) does not substantively affect provincial limitation periods; the provision simply provides the parties sufficient time to prepare the appropriate pleadings in order to move the proceedings to a provincial superior court. In other words, where a plaintiff's original statement of claim is filed within the applicable limitation period, the "deemed date" merely preserves a plaintiff's right to a cause of action. Thus, if there is any effect at all, it is merely incidental.

[40] I agree with Canada's argument that section 50.1 is procedural.

de procédure, et qui procure aux parties un délai suffisant pour produire leurs actes de procédure devant une cour supérieure provinciale compétente.

Tout autre délai additionnel, comme le délai de six mois que prévoient les *Alberta Rules of Court* pour le dépôt d'une procédure de mise en cause, semble avoir à première vue une incidence sur les délais de prescription provinciaux. Cependant, en général, les procédures de mise en cause ne sont pas soumises à un délai de prescription précisé. La plupart des lois provinciales en matière de prescription comportent une interdiction générale des moyens de défense fondés sur une prescription, ou alors ne disent rien sur le sujet; quelques provinces interdisent des causes d'action précises, mais, sinon, elles sont muettes :

Provinces interdisant de façon générale les moyens de défense fondés sur une prescription : Colombie-Britannique, *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 4; Alberta, *Limitations Act*, R.S.A. 2000, ch. L-12, art. 6; Saskatchewan, *The Limitations Act*, S.S. 2004, ch. L-16.1, art. 14; Ontario, *Loi sur la prescription des actions*, 2002, ch. 24, annexe B, art. 18; Nouvelle-Écosse, *Limitation of Actions Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 258, art. 3(2); Terre-Neuve, *Limitations Act*, S.N.L. 1995, ch. L-16.1

Provinces qui ne disent rien au sujet des moyens de défense fondés sur une prescription : Île-du-Prince-Édouard, *Statute of Limitations*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-7; Yukon, *Loi sur la prescription*, L.R.Y. 2002, ch. 139; Territoires du Nord-Ouest, *Loi sur les prescriptions*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. L-8; Nunavut, *Loi sur les prescriptions*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. L-8;

Provinces interdisant les moyens de défense fondés sur une prescription pour des causes d'action précises : Manitoba, *Loi sur la prescription*, C.P.L.M., ch. L.150; Québec, *Code civil du Québec*, L.Q., 1991, ch. 64; Nouveau-Brunswick, *Loi sur la prescription*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-8. *Onglets 1 a-m.*

Pour les motifs indiqués ci-dessus, le paragraphe 50.1 (3) n'a pas une incidence marquée sur les délais de prescription provinciaux; il procure simplement aux parties un délai suffisant pour préparer les actes de procédure appropriés afin de pouvoir orienter la procédure vers une cour supérieure provinciale. En d'autres termes, lorsque la déclaration originale d'un demandeur est déposée dans le délai de prescription applicable, la « date réputée » préserve simplement le droit du demandeur à une cause d'action. Par conséquent, l'effet, si effet il y a, est purement accessoire.

[40] Je suis d'accord avec l'argument du Canada que l'article 50.1 est de nature procédurale.

[41] The word “proceedings” in subsection 50.1(1) refers to the claim against the Crown. Therefore, the use of the word in subsections (2) and (3) has the same meaning. There is no argument that, prior to section 50.1 being applied, the claim in the present case falls within federal authority, independent of provincial authority. Therefore, in my opinion, providing the option to move the claim to the Alberta Court of Queen’s Bench pursuant to subsection 50.1(2) is also within this federal authority, and so is the provision in subsection 50.1(3) that the date of the institution of the claim does not change if it is moved.

[42] With respect to the limitation issue, I find that provincial limitation legislation does not apply to the recommencement of the claim. Since the filing of the claim in Alberta is according to federal authority, and not provincial authority, the federal authority is at liberty to state that, to protect a plaintiff’s interests, the date of instituting the claim does not change by the fact that the claim has been moved. Once the “proceedings”, that is, the claim, is moved to Alberta, and the Crown institutes third-party proceedings, the claim and the third-party proceedings are governed by the Alberta Court of Queen’s Bench.

[43] Hansard proves that the purpose of section 50.1, as an element of a large scale law reform initiative, is to consolidate diverse jurisdictional litigation elements in an action in one jurisdiction, for the convenience and benefit of both parties to the action. Thus, on the basis that the substance of an action will not fundamentally change when it is “recommenced”, which is the apparent intention expressed in subsection 50.1(2), I find that the effect of moving an action from this Court to a provincial court does not produce a substantive change.

b. the head of authority

[44] Canada argues that Parliament’s constitutional authority to enact section 50.1 exists in two provisions: section 91 [of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1)

[41] Le mot « procédures », au paragraphe 50.1(1), fait référence à une demande contre la Couronne. Ce mot, utilisé aux paragraphes (2) et (3), a donc le même sens. Nul ne conteste qu’avant l’application de l’article 50.1, la demande dont il est question en l’espèce relève de la compétence fédérale, et non provinciale. Par conséquent, à mon avis, le fait de pouvoir transférer la demande à la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, en vertu du paragraphe 50.1(2), relève aussi de cette compétence fédérale, et c’est également le cas de la disposition contenue au paragraphe 50.1(3) selon laquelle la date d’introduction de la demande ne change pas si cette dernière est transférée.

[42] En ce qui concerne la question de la prescription, je conclus que les lois provinciales en matière de prescription ne s’appliquent pas à la reprise de la demande. Étant donné que le dépôt de la demande en Alberta relève de la compétence fédérale, et non provinciale, il est loisible à l’autorité fédérale de déclarer que, pour protéger les intérêts d’un demandeur, la date d’introduction de la demande ne change pas parce que cette dernière a été transférée. Une fois que la « procédure », c’est-à-dire la demande, est transférée à l’Alberta et que la Couronne introduit une procédure de mise en cause, la demande et la procédure sont régies par la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta.

[43] Le Hansard prouve que l’article 50.1, en tant qu’élément d’une vaste initiative de réforme du droit, a pour objet de regrouper en une seule juridiction divers éléments de litige juridictionnels, pour la commodité et l’avantage des deux parties à l’action. De ce fait, comme l’essentiel d’une action ne changera fondamentalement pas lorsqu’elle est « reprise », ce qui est l’intention manifeste exprimée au paragraphe 50.1(2), je conclus que le transfert d’une action de la présente Cour à un tribunal provincial n’a pas pour effet de produire un changement substantiel.

b. Le chef de compétence

[44] Le Canada fait valoir que le pouvoir constitutionnel qu’a le Parlement de promulguer l’article 50.1 figure dans deux dispositions : l’article 91 [de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982,

[R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5] hereinafter the Constitution] being the power to make laws for the peace, order, and good government of Canada, in relation to all matters not coming within the classes of subjects assigned exclusively to the legislatures of the provinces; and section 101 [of the Constitution], being the power to establish Courts, in addition to the Supreme Court of Canada, for the better administration of the laws of Canada.

[45] I agree with Canada's argument.

[46] I find that Parliament had the authority to enact section 50.1 under either section 91 or section 101 [of the Constitution]. In my opinion, in enacting section 50.1, Parliament does not intrude on provincial authority, in particular, the authority over limitation of actions. Parliament's authority to establish concurrent jurisdiction between the Federal Court and provincial courts is not contested. It seems to me that this authority must include the power to make the concurrent jurisdiction operationally efficient. On this basis, Parliament must have the authority to consolidate diverse jurisdictional litigation elements within a concurrent jurisdictional frame of reference. That is, Parliament's operation within this frame of reference does not infringe on a province's authority over property and civil rights features of litigation, including the limitation of actions; it adds to the efficiency of the disposition of litigation. In my opinion, the substance of subsection 50.1(3) is nothing more than a necessary feature of obtaining this result.

[47] Therefore, as I find no intrusion into provincial authority by the enactment of section 50.1, I find that section 50.1 is not *ultra vires*.

B. Does section 50.1 offend the constitutional principles of separation of powers, judicial independence, and judicial impartiality?

[48] There is no debate about the principles governing the scope of judicial decision making (reply of the applicant, at paragraphs 31 and 46):

ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5] ci-après la Constitution], soit le pouvoir de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces, et l'article 101 [de la Constitution], soit le pouvoir d'établir des tribunaux, en plus de la Cour suprême du Canada, pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada.

[45] Je suis d'accord avec l'argument du Canada.

[46] Je conclus que le Parlement est habilité à promulguer l'article 50.1 en vertu soit de l'article 91, soit de l'article 101. À mon avis, en promulguant l'article 50.1, le Parlement n'empiète pas sur un pouvoir provincial, en particulier celui qui régit la prescription des actions. Le pouvoir qu'a le Parlement d'établir une juridiction concurrente entre la Cour fédérale et les tribunaux provinciaux n'est pas contesté. Il me semble que ce pouvoir doit inclure celui de rendre la juridiction concurrente efficace d'un point de vue opérationnel. Pour ce motif, le Parlement doit être habilité à regrouper divers éléments de litige juridictionnels dans un cadre de référence juridictionnel concurrent, c'est-à-dire que le fonctionnement du Parlement dans ce cadre de référence n'empiète pas sur la compétence d'une province à l'égard des aspects d'un litige qui ont trait à la propriété et aux droits civils, y compris la prescription des actions; il contribue à l'efficacité du règlement du litige. À mon avis, le fond du paragraphe 50.1(3) n'est rien de plus qu'une caractéristique nécessaire de l'obtention de ce résultat.

[47] Par conséquent, étant donné qu'à mon sens la promulgation de l'article 50.1 n'empiète pas sur la compétence d'une province, je conclus que l'article 50.1 n'est pas *ultra vires*.

B. L'article 50.1 contrevient-il aux principes constitutionnels de la séparation des pouvoirs, ainsi que de l'indépendance et de l'impartialité de l'appareil judiciaire?

[48] Les principes régissant la portée du processus décisionnel judiciaire ne soulèvent aucun débat (réponse du demandeur, aux paragraphes 31 et 46) :

Parliament has the authority to enact any law within its jurisdiction:

. . . it is Parliament and the legislatures, not the courts, that have ultimate constitutional authority to draw the boundaries. It is the prerogative of a sovereign Parliament to make its intention known as to the role the courts are to play in interpreting, applying and enforcing its statutes. While the courts must determine the meaning of statutory provisions, they do so in the name of seeking out the intention or sovereign will of Parliament, however purposively, contextually or policy-oriented may be the interpretive methods used to attribute such meaning.

Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources) ("Auditor General") [1989] 2 S.C.R. 49, at para. 51. Tab 2- d

...

Regardless, the principle of judicial independence must be balanced with the principle of parliamentary sovereignty:

The question is not whether the Act's rules are unfair or illogical.

The primary role of the judiciary is to interpret and apply the law, whether procedural or substantive, to the cases brought before it. It is to hear and weigh, in accordance with the law, evidence that is relevant to the legal issues confronted by it and to award the parties before it the available remedies.

It follows that *the judiciary's role is not . . . to apply only the law of which it approves*. Nor is it to decide cases with a view simply to what the judiciary (rather than the law) deems fair or pertinent. *Nor is it to second-guess the law reform undertaken by legislators, whether that reform consists of a new cause of action or procedural rules to govern it.* [Emphasis added.]

Imperial Tobacco, supra, at paras. 49, 50, 52. Tab 2 -c. *Babcock, supra*, at para. 55 Tab 2 -b

[49] However, Baptiste maintains that section 50.1 infringes upon an "inherent" or "implied" power that a judge of the Federal Court possesses to decide in the interests of justice within the recognized scope of authority. It is argued that this power exists by virtue of an appointment pursuant to section 101 of the

[TRADUCTION] Le Parlement a le pouvoir d'adopter n'importe quelle loi relevant de sa compétence :

[. . .] dans le domaine résiduel où s'applique, en droit constitutionnel canadien, le principe de la souveraineté parlementaire, la délimitation de cette frontière relève du Parlement et des législatures, non des tribunaux. Il est de la prerogative d'un Parlement souverain de faire connaître son intention quant au rôle que joueront les tribunaux dans l'interprétation, l'application et l'exécution de ses lois. Même si les tribunaux doivent décider du sens à donner aux dispositions législatives, ils le font au nom de la recherche de l'intention ou de la volonté souveraine du Parlement, que les méthodes d'interprétation utilisées à cette fin tiennent compte de l'objet de la disposition, du contexte où elle se trouve ou encore des principes qui la sous-tendent.

Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources) (« Vérificateur général ») [1989] 2 R.C.S. 49, au paragraphe 51. Onglet 2-d.

[. . .]

Le principe de l'indépendance judiciaire doit néanmoins être mis en équilibre avec celui de la souveraineté parlementaire :

La question n'est pas de savoir si les règles de la Loi sont injustes ou illogiques.

Le rôle principal du judiciaire est d'interpréter et d'appliquer le droit, qu'il soit de nature procédurale ou substantielle, aux causes qui lui sont soumises. Il s'agit d'entendre et d'évaluer, conformément au droit, les éléments de preuve qui se rapportent aux questions juridiques qui lui sont soumises et d'accorder aux parties en cause les réparations disponibles.

Il s'ensuit que *le rôle du judiciaire n'est pas [. . .] d'appliquer uniquement le droit qu'il approuve*. Il ne s'agit pas non plus de trancher des causes en tenant compte simplement de ce que le judiciaire (plutôt que le droit) semble juste ou pertinent. *Il ne s'agit pas non plus de deviner la réforme du droit entreprise par les législateurs, que cette réforme consiste en une nouvelle cause d'action ou en des règles de procédure pour la régir.* [Italique ajouté.]

Imperial Tobacco, précité, aux paragraphes 49, 50 et 52. Onglet 2 -c. *Babcock*, précité, au paragraphe 55. Onglet 2-b.

[49] Baptiste soutient toutefois que l'article 50.1 empiète sur le pouvoir « inhérent » ou « implicite » que détient un juge de la Cour fédérale de rendre une décision dans l'intérêt de la justice, dans les limites du champ de compétence reconnu. Il allègue que l'existence de ce pouvoir découle d'une désignation

Constitution. The details of this argument are provided as follows (respondent's written representations, at paragraphs 94-101, 104-108, 117, 121-125):

Subsection 50.1(1) provides: "the Court shall, on application of the Attorney-General of Canada, stay proceedings in any cause or matter in respect of a claim against the Crown where the Crown desires to institute a counter-claim or third party proceedings in respect of which the Court lack jurisdiction."

This provision juxtaposes the use of mandatory language with respect to the issuance of a stay ("shall") with the use of discretionary language with respect to the Crown application ("desires to institute a counter-claim or third party proceedings in respect of which the Court lack jurisdiction").

This provision has been interpreted by the Federal Court as permitting the Court to rely on a thin evidentiary record that the Crown generates as a basis for determining the constitutional and statutory jurisdiction of the Court over a claim.

Charalambous v. Canada, (April 29, 2004) T-1715-03 (F.C.) per Dawson J.

Applicant's Motion Record, Tab 4

If the Court determines that it does not have jurisdiction on the basis of this evidentiary record, it issues a binding order that effectively terminates the Plaintiffs' proceedings in the Federal Court.

Charalambous v. Canada, (April 29, 2004) T-1715-03 (F.C.) per Dawson J.

Applicant's Motion Record, Tab 4

This gives the Crown an unconstitutional measure of control over the determination by the Court of its jurisdiction.

It also requires the Court to issue an enforceable order on the basis of what amounts to an opinion respecting hypothetical proceedings.

A core adjudicative power, the power to hear and decide an action in [the interests of] justice, is subject to the Crown's "desire."

Section 50.1 of the *Federal Courts Act* allows the Crown to usurp a fundamental power of a court to stay proceedings in the interests of justice.

faite en vertu de l'article 101 de la Constitution. Les détails de cet argument sont les suivants (observations écrites des défendeurs, aux paragraphes 94 à 101, 104 à 108, 117, 121 à 125) :

[TRADUCTION] Le texte du paragraphe 50.1(1) est le suivant : « [s]ur requête du procureur général du Canada, la Cour fédérale ordonne la suspension des procédures relatives à toute réclamation contre la Couronne à l'égard de laquelle cette dernière entend présenter une demande reconventionnelle ou procéder à une mise en cause pour lesquelles la Cour n'a pas compétence ».

Cette disposition juxtapose l'utilisation d'un mot impératif concernant l'octroi d'une suspension (« ordonne ») à l'utilisation d'un libellé discrétionnaire concernant la réclamation de la Couronne (« entend présenter une demande reconventionnelle ou procéder à une mise en cause pour lesquelles la Cour n'a pas compétence »).

Selon l'interprétation qu'en a faite la Cour fédérale, cette disposition permet à la Cour de se fonder sur un mince dossier de preuve établi par la Couronne pour déterminer sa compétence constitutionnelle et législative à l'égard d'une réclamation.

Charalambous c. Canada, (29 avril 2004) T-1715-03 (C.F.), la juge Dawson.

Dossier de requête du demandeur, onglet 4.

Si la Cour juge qu'elle est incompétente sur la base de ce dossier de preuve, elle rend une ordonnance exécutoire qui met effectivement fin à la procédure des demandeurs devant la Cour fédérale.

Charalambous c. Canada, (29 avril 2004) T-1715-03 (C.F.), la juge Dawson.

Dossier de requête du demandeur, onglet 4.

Cela procure à la Couronne un degré inconstitutionnel de contrôle sur la détermination que fait la Cour de sa compétence.

Cela oblige aussi la Cour à rendre une ordonnance exécutoire en se fondant sur ce qui équivaut à une opinion concernant une procédure hypothétique.

Un pouvoir juridictionnel de base, celui d'instruire et de trancher une action [dans l'intérêt de la justice], est soumis à l'« intention » de la Couronne (« *desire* »).

L'article 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* permet à la Couronne d'usurper le pouvoir fondamental d'un tribunal de suspendre une procédure dans l'intérêt de la justice.

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s.50. Tab A1.

Canada v. Tobiass, 1997 CarswellNat 1385 (S.C.C.). Tab B52.

Canada v. Tobiass, 1997 CarswellNat 211 (F.C.A.). Tab B53

...

The essence of the principle is that core constitutional functions are attributed to three distinct powers, that is, the legislative, executive and judicial powers. The core constitutional functions of each power are protected from interference by the other powers.

It is not disputed here that Parliament has the power to confer functions on the judiciary which go beyond its core adjudicative functions. The Supreme Court of Canada has said as much in respect to the jurisdiction of the Supreme Court to provide an advisory opinion. This jurisdiction is not contrary to the doctrine of the separation of powers.

Re Secession of Québec, 1998 CarswellNat 1299 (S.C.C.). Tab B57.

Nor is it disputed that Parliament and the provincial legislatures have a limited constitutional power to deprive a court of jurisdiction through the use of privative clauses, whether it be a statutory court or a provincial superior court.

Nevertheless, neither Parliament nor the provincial legislatures have the power to divest a provincial superior court of its core jurisdiction.

Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc., 1983 CarswellQue 101 (S.C.C.). Tab B58.

Canada (Attorney General) v. Law Society of British Columbia, 1982 CarswellBC 133 (S.C.C.). Tab B59

It is submitted that Parliament cannot divest a s. 101 court of its core jurisdiction, or attribute functions to a s. 101 court that conflict with its core jurisdiction or which undermine the independence of that Court.

...

However, a provision that allows the Attorney-General to issue a directive to a court with respect to the conduct of its action, based on a "desire" of the Crown to bring action in a different court, is inconsistent with s. 101 which mandates that

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50. Onglet A1.

Canada c. Tobiass, 1997 CarswellNat 1385 (C.S.C.). Onglet B52.

Canada c. Tobiass, 1997 CarswellNat 211 (C.A.F.). Onglet B53.

[. . .]

L'essence du principe est que les fonctions constitutionnelles fondamentales sont attribuées à trois pouvoirs distincts : le législatif, l'exécutif et le judiciaire. Les fonctions constitutionnelles fondamentales de chacun sont protégées contre toute ingérence de la part des autres.

Il n'est pas contesté en l'espèce que le Parlement est habilité à conférer au pouvoir judiciaire des fonctions qui vont au-delà de ses fonctions juridictionnelles fondamentales. La Cour suprême du Canada en a dit autant au sujet de sa compétence pour fournir une opinion consultative. Cette compétence n'est pas contraire à la doctrine de la séparation des pouvoirs.

Renvoi relatif à la sécession du Québec, 1998 CarswellNat 1299 (C.S.C.). Onglet B57.

Il n'est pas contesté non plus que le Parlement et les législatures provinciales disposent du pouvoir constitutionnel restreint de priver un tribunal de sa compétence en recourant à des clauses privatives, qu'il s'agisse d'un tribunal créé par une loi ou d'une cour supérieure provinciale.

Quoi qu'il en soit, ni le Parlement ni les législatures provinciales ne sont habilités à priver une cour supérieure provinciale de sa compétence fondamentale.

Conseil canadiens des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc., 1983 CarswellQue 101 (C.S.C.). Onglet B58.

Canada (Procureur général) c. Law Society of British Columbia, 1982 CarswellBC 133 (C.S.C.). Onglet B59.

Il est allégué que le Parlement ne peut priver un tribunal visé à l'article 101 de sa compétence fondamentale, ni attribuer à un tel tribunal des fonctions qui entrent en conflit avec sa compétence fondamentale ou qui minent son indépendance.

[. . .]

Cependant, une disposition qui permet au procureur général d'émettre une directive à un tribunal au sujet de la conduite de son action, en se fondant sur une « intention » (« *desire* ») de la Couronne de soumettre l'action à un tribunal

the “court” which is established be fully independent of the executive branch of government.

In the *Rifou* case, Mahoney J. wrote: “What is the point of a constitutionally enshrined independent judiciary if Parliament is at liberty to strip it of its jurisdiction?”

...

The Crown cannot determine or dictate the constitutional limits of the jurisdiction of the Federal Court of Canada. It is within the exclusive powers of the judiciary to determine the constitutional limits of the jurisdiction of a court, based on the constitutional principle of the separation of powers and other applicable provisions of the constitution and of constitutive statutes.

For this reason, the Federal Court cannot determine the constitutional or statutory limits of its jurisdiction purely on the basis of a meager evidentiary record that is generated wholly by the Crown.

It is submitted that the Attorney-General of Canada cannot place draft pleadings before the Federal Court for a determination of the Court’s jurisdiction over hypothetical parties that might be brought before the Court on the basis of such pleadings.

It is true that the jurisdiction of the Federal Court has been so frequently litigated that questions respecting the potential jurisdiction of the Court over a hypothetical third party appear mundane and perhaps obvious. However, the Court cannot determine its constitutional jurisdiction over a hypothetical party on the basis of a proposed course of action by the Crown.

Section 50.1 permits the Crown to interfere with the core jurisdiction of the Federal Court, which is to adjudicate the rights and obligations of the parties that are properly before it, and to stay the course of proceedings only in the interests of justice. Section 50.1 therefore breaches the constitutional principle of the separation of powers and undermines the public confidence in the independence of the Federal Court. For that reason, s.50.1 is of no force or effect.

[50] In response, Canada argues that unwritten constitutional principles such as those cited are not a basis upon which to find legislation is invalid. I find I do not need to determine the correctness of this argument because of a flaw in Baptiste’s argument

différent, est incompatible avec l’article 101, qui exige que le « tribunal » qui est établi soit tout à fait indépendant du pouvoir exécutif du gouvernement.

Dans l’arrêt *Rifou*, le juge Mahoney a écrit : « Pourquoi reconnaître constitutionnellement l’indépendance des tribunaux si le Parlement peut à son gré leur retirer leurs pouvoirs? ».

[...]

La Couronne ne peut pas fixer ou dicter les limites constitutionnelles de la compétence de la Cour fédérale du Canada. Il incombe au pouvoir judiciaire, dans le cadre des pouvoirs qui lui sont exclusifs, de déterminer les limites constitutionnelles de la compétence d’un tribunal, sur la base du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs et d’autres dispositions applicables de la Constitution et de lois constitutives.

C’est la raison pour laquelle la Cour fédérale ne peut fixer les limites constitutionnelles ou législatives de sa compétence en se fondant exclusivement sur un mince dossier de preuve qui est entièrement établi par la Couronne.

Il est allégué que le procureur général du Canada ne peut soumettre une ébauche d’actes de procédure à la Cour fédérale afin que l’on détermine la compétence de la Cour sur des parties hypothétiques susceptibles d’être traduites devant elle sur la foi de ces actes de procédure.

Il est vrai que la compétence de la Cour fédérale fait si souvent l’objet de litiges que les questions relatives à la compétence potentielle de la Cour sur un mis en cause hypothétique semblent banales et peut-être évidentes. Cependant, la Cour ne peut pas déterminer sa compétence constitutionnelle sur une partie hypothétique en se fondant sur un plan d’action proposé par la Couronne.

L’article 50.1 permet à la Couronne de s’immiscer dans la compétence fondamentale de la Cour fédérale, qui consiste à trancher les droits et les obligations des parties comparissant à bon droit devant elle, et de ne suspendre la procédure que s’il est dans l’intérêt de la justice de le faire. L’article 50.1 viole donc le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs et mine la confiance du public à l’égard de l’indépendance de la Cour fédérale. Pour cette raison, l’article 50.1 est inopérant.

[50] En réponse, le Canada fait valoir que des principes constitutionnels non écrits comme ceux qui sont cités ne sont pas une raison pour conclure qu’une loi est invalide. Je conclus qu’il n’est pas nécessaire que je détermine le bien-fondé de cet argument à cause

concerning the principles.

[51] In my opinion, in both written and oral argument, Baptiste has not provided sufficient statutory or constitutional authority to establish the existence of an inherent or implied “core adjudicative power”, which cannot be curtailed by Parliament, available to judges of this statutory Court to decide in the “interests of justice”. In particular, I find that the decisions cited in Baptiste’s written argument in support of the proposition being maintained are not on point: *Tobiass [Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass]*, [1997] 3 S.C.R. 391 decided that the Federal Court of Appeal [[1997] 1 F.C. 828] had jurisdiction to act on the appeal of a stay granted under section 50 of the then *Federal Court Act*; *L’Anglais [Canada Labour Relations Board et al. v. Paul L’Anglais Inc. et al.]*, [1983] 1 S.C.R. 147] decided that Parliament lacks jurisdiction to exclude the superintending and reforming power of the Superior Court of Quebec by application of section 18 of the then *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10]; *Attorney General of Canada et al. v. Law Society of British Columbia et al.*, [1982] 2 S.C.R. 307] decided that, although Parliament might establish a court for the better administration of the laws of Canada, it lacks the constitutional authority to strip the provincial superior courts of the power to declare a federal statute beyond Parliament’s competence; and in *Rifou [Canadian Imperial Bank of Commerce v. Rifou]*, [1986] 3 F.C. 486 (C.A.), Justice Mahoney passed the comment cited in Baptiste’s argument at paragraph 118, only with respect to his view that it is inappropriate for Parliament to assign federal administrative tribunals jurisdiction traditionally exercised by judges appointed under section 96 of the Constitution.

[52] As I cannot find a core adjudicative power exists, I cannot find that section 50.1 acts to usurp “a fundamental power of the Court to stay proceedings in

d’une lacune dans l’argumentation de Baptiste au sujet des principes.

[51] À mon avis, dans son argumentation écrite et dans sa plaidoirie, Baptiste n’a pas fourni suffisamment de sources législatives ou constitutionnelles pour établir l’existence d’un « pouvoir juridictionnel fondamental » inhérent ou implicite, que le Parlement ne peut pas suspendre, et dont disposent les juges de la présente Cour, qui a été créée par une loi, pour rendre une décision dans l’« intérêt de la justice ». En particulier, je conclus que les décisions citées dans l’argumentation écrite de Baptiste à l’appui de la thèse invoquée ne sont pas pertinentes. Dans l’arrêt *Tobiass [Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass]*, [1997] 3 R.C.S. 391], il a été décidé que la Cour d’appel fédérale [[1997] 1 C.F. 828] était compétente pour entendre l’appel d’une suspension accordée en vertu de l’article 50 de ce qui était à l’époque la *Loi sur la Cour fédérale*; dans l’arrêt *L’Anglais [Conseil canadien des relations du travail et autre c. Paul L’Anglais Inc. et autre]*, [1983] 1 R.C.S. 147] il a été jugé que le Parlement n’a pas compétence pour exclure le pouvoir de surveillance et de réforme de la Cour supérieure du Québec en appliquant l’article 18 de ce qui était à l’époque la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10]; dans l’arrêt *Procureur général du Canada et autres c. Law Society of British Columbia et autre*, [[1982] 2 R.C.S. 307] il a été décidé que même si le Parlement peut constituer un tribunal pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada, la Constitution ne l’habilite pas à dépouiller les cours supérieures des provinces du pouvoir de décréter qu’une loi fédérale outrepassa la compétence du Parlement; enfin, dans l’arrêt *Rifou [Banque canadienne impériale de commerce c. Rifou]*, [1986] 3 C.F. 486 (C.A.), le juge Mahoney a fait le commentaire cité dans l’argument qu’invoque Baptiste au paragraphe 118, mais uniquement en rapport avec son opinion qu’il ne sied pas au Parlement de conférer aux tribunaux administratifs fédéraux une compétence qu’exercent d’habitude les juges nommés en vertu de l’article 96 de la Constitution.

[52] Ne pouvant conclure à l’existence d’un pouvoir juridictionnel fondamental, il m’est impossible de conclure que l’article 50.1 a pour effet d’usurper « un

the interests of justice” or, put another way, to “divest” the Court of its “core jurisdiction”.

[53] Whether by a judge deciding on evidence and argument pursuant to section 50.1 that the Court lacks jurisdiction over third-party proceedings, or being told by the Federal Court of Appeal that it does not have such jurisdiction, judges of the Court are bound to follow the will of Parliament and to order a stay. In my opinion, following the will of Parliament as expressed in section 50.1 is not an affront to the principles of separation, independence, or impartiality. I cannot find that the fact that the power to decide in the interests of justice does not exist when applying section 50.1, whereas it does exist when applying section 50, constitutes an usurpation or divesting of jurisdiction, or interference with the authority to adjudicate. It is simply a limit on jurisdiction placed within the authority of Parliament.

[54] With respect to Baptiste’s argument that section 50.1 offends the Court’s institutional independence and the judge’s impartiality, the same test is to be applied: (*R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at page 143):

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right-minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude.” [Underlining added.]

In my opinion, reasonable and right-minded informed persons would understand that independence and impartiality are not compromised by following the dictates of section 50.1 because its purpose is understandable as being sound.

[55] In the result, I agree with Canada’s answer to the question; the constitutional principles of separation of powers, judicial independence, and judicial impartiality are not offended by section 50.1.

pouvoir fondamental de la Cour de suspendre une procédure dans l’intérêt de la justice » ou, autrement dit, de « priver » la Cour de sa « compétence fondamentale ».

[53] Que ce soit un juge qui décide sur la foi de la preuve et des arguments présentés en vertu de l’article 50.1 que la Cour n’a pas compétence sur une procédure de mise en cause, ou que ce soit la Cour d’appel fédérale qui le dise, les juges de la Cour sont tenus de se conformer à la volonté du Parlement et d’ordonner une suspension. À mon avis, le fait de se conformer à la volonté du Parlement qui est exprimée à l’article 50.1 n’est pas contraire aux principes de la séparation, de l’indépendance ou de l’impartialité. Il m’est impossible de conclure que l’inexistence du pouvoir de décider d’une affaire dans l’intérêt de la justice lorsqu’on applique l’article 50.1, alors que ce pouvoir existe lorsqu’on applique l’article 50, constitue une usurpation ou une privation de compétence, ou une ingérence dans le pouvoir de rendre une décision. Il s’agit simplement d’une limite de compétence fixée dans le cadre des pouvoirs du Parlement.

[54] En ce qui concerne l’argument de Baptiste selon lequel l’article 50.1 contrevient à l’indépendance institutionnelle de la Cour ainsi qu’à l’impartialité du juge, c’est le même critère qu’il faut appliquer (*R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la page 143) :

[. . .] la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d’une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d’appel, ce critère consiste à se demander « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique ». [Non souligné dans l’original.]

À mon avis, une personne bien renseignée, sensée et raisonnable comprendrait que l’on ne compromet pas l’indépendance et l’impartialité en suivant les impératifs de l’article 50.1 parce que son objet est valable.

[55] En définitive, je souscris à la réponse du Canada à la question; l’article 50.1 ne contrevient pas aux principes constitutionnels de la séparation des pouvoirs, ainsi que de l’indépendance et de l’impartialité de l’appareil judiciaire.

C. Does section 50.1 offend access to justice?

[56] Baptiste argues that the provision denies the right of litigants to have their case heard by any court of their choosing, and on this basis, advances the following argument (respondent's written representations, at paragraphs 147-151):

The principle of access to justice and the courts is a constitutional principle that has been recognized by the Supreme Court of Canada.

B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General), 1988 CarswellBC 363 (S.C.C.). Tab B80.

Dickson C.J. writes: 'We have no doubt that the right to access to the courts is under the rule of law one of the foundational pillars protecting the rights and freedoms of our citizens.'

B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General), 1988 CarswellBC 363 (S.C.C.) at para. 32. Tab B80.

Access to justice also has an institutional dimension which can result from a statutory regime that restricts the rights of litigants in their choice of courts.

John Carten Personal Law Corp. v. British Columbia, 1997 CarswellBC 2290 (B.C. C.A.) per McEachern J. dissenting. Tab B81.

The Federal Court has the statutory jurisdiction to hear the proceedings herein. This jurisdiction is consistent with s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. The Federal Court is established for the "better administration of the laws of Canada." By establishing a s. 101 court, it is incumbent on Parliament to ensure that access to that Court be universal and based purely on the jurisdiction attributed to that Court by statute. This is what the constitutional principle of access to justice requires.

Because it allows the Crown to employ a discretionary procedural device to bar access to specific litigants on a discretionary basis, s. 50.1 is unconstitutional.

[57] Canada correctly points out that the Supreme Court of Canada in *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1998] 2 S.C.R. 214 has, thus far, restricted the principle of access to justice to physical access to a court premises. And even though it was mentioned in argument that this principle has been extended by the British Columbia Court of Appeal's

C. L'article 50.1 fait-il obstacle à l'accès à la justice?

[56] Baptiste fait valoir que la disposition nie le droit des parties à ce que leur cause soit entendue par un tribunal de leur choix; son argument est le suivant (observations écrites des défendeurs, aux paragraphes 147 à 151) :

[TRADUCTION] Le principe de l'accès à la justice et aux tribunaux est un principe constitutionnel reconnu par la Cour suprême du Canada.

B.C.G.E.U. c. British Columbia (Procureur général), 1988 CarswellBC 363 (C.S.C.). Onglet B80.

Le juge en chef Dickson écrit : « Nous n'avons aucun doute que le droit d'accès aux tribunaux constitue, sous le régime de la primauté du droit, un des piliers de base qui protègent les droits et libertés de nos citoyens ».

B.C.G.E.U. c. British Columbia (Procureur général), 1988 CarswellBC 363 (C.S.C.), au paragraphe 32. Onglet B80.

L'accès à la justice comporte aussi une dimension institutionnelle qui peut découler d'un régime législatif qui restreint les droits des parties dans leur choix de tribunaux.

John Carten Personal Law Corp. c. British Columbia, 1997 CarswellBC 2290 (C.A.C.-B.), le juge McEachern, en dissidence. Onglet B81.

La Cour fédérale a le pouvoir législatif d'instruire les procédures dont il est question en l'espèce. Ce pouvoir cadre avec l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour fédérale est établie pour « améliorer l'application du droit canadien ». En établissant une cour en vertu de l'article 101, il incombe au Parlement de veiller à ce que l'accès à cette cour soit universel et purement fondé sur la compétence que la loi confère à cette dernière. C'est là ce qu'exige le principe constitutionnel de l'accès à la justice.

L'article 50.1 est inconstitutionnel parce qu'il permet à la Couronne de recourir à un mécanisme procédural discrétionnaire pour interdire l'accès de parties spécifiques sur une base facultative.

[57] Le Canada fait remarquer avec raison que la Cour suprême du Canada, comme l'illustre l'arrêt *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, a restreint jusqu'ici le principe de l'accès à la justice à un accès physique aux tribunaux. Et même s'il a été mentionné lors des plaidoiries qu'une décision de la Cour d'appel

decision in *Christie v. British Columbia (Attorney General)* (2005), 262 D.L.R. (4th) 51 to include access to competent legal representation as an element of access to justice, I find that both cases are irrelevant to Baptiste's argument.

[58] Baptiste argues that every Canadian citizen has a fundamental right to a judicial hearing in order to obtain protection of his or her constitutional rights, and unless the action advanced is vexatious, futile or dilatory, a citizen has a right to obtain a decision respecting the action (*McKenzie v. Quebec (Attorney General)*, [1998] 3 C.N.L.R. 112 (Que. C.A.)). There is no debate about this principle. The debate with respect to the motion arises from a different concern; it is not about whether Baptiste will have a judicial hearing, it is about which court will conduct the hearing. Baptiste objects to the application of section 50.1 because it will result in moving the action from this Court to the Alberta Court of Queen's Bench. I do not find that this result is a denial of access to justice. It is a denial of Baptiste's wish, but according to law.

[59] I agree with Canada that the procedure set in section 50.1 does not offend Baptiste's access to justice.

[60] Therefore I find that section 50.1 is not unconstitutional.

IV. Other Considerations

A. Baptiste's Aboriginal and Treaty Rights

[61] As these considerations expressed in the notice were not argued, as is the case with the Charter issues, I consider them as not being advanced in the present response to the motion.

B. Abuse of process

[62] Threaded through Baptiste's arguments are concerns that, in some way, the passage of section 50.1 was intended to make Canada immune from liability, and also that Canada is able to misuse the provision to

de la Colombie-Britannique : *Christie v. British Columbia (Attorney General)* (2005), 262 D.L.R. (4th) 51, a donné plus d'extension à ce principe de façon à inclure l'accès à un représentant juridique compétent en tant qu'élément de l'accès à la justice, je conclus que ces deux arrêts sont sans rapport avec l'argument qu'invoque Baptiste.

[58] Baptiste fait valoir que chaque citoyen canadien possède un droit fondamental à une audition judiciaire en vue d'obtenir la protection de ses droits constitutionnels et que, à moins que l'action engagée soit vexatoire, futile ou dilatoire, un citoyen a le droit d'obtenir une décision au sujet de l'action (*McKenzie c. Québec (Procureur général)*, [1998] A.Q. n° 1133 (C.A.) (QL)). Ce principe ne suscite aucun débat. Le débat qui entoure la requête résulte d'une préoccupation différente; la question n'est pas de savoir si Baptiste aura une audition judiciaire, mais plutôt si la Cour tiendra cette audition. Baptiste s'oppose à l'application de l'article 50.1 parce que cela aura pour effet de transférer l'action de la présente Cour à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Ce résultat ne constitue pas, selon moi, un déni d'accès à la justice. Il s'agit d'un déni du souhait de Baptiste, mais conformément à la loi.

[59] Je suis d'accord avec le Canada pour dire que la procédure exposée à l'article 50.1 ne fait pas obstacle à l'accès de Baptiste à la justice.

[60] Je conclus donc que l'article 50.1 n'est pas inconstitutionnel.

IV. Autres questions

A. Les droits ancestraux ou issus de traités de Baptiste

[61] Ces questions exprimées dans l'avis n'ayant pas été plaidées, comme cela a été le cas des questions relatives à la Charte, je considère qu'elles n'ont pas été mises de l'avant dans la présente réponse à la requête.

B. Abus de procédure

[62] Est entremêlée dans les arguments qu'invoque Baptiste l'idée que, d'une certaine façon, l'article 50.1 a été adopté pour pouvoir exonérer le Canada de toute responsabilité, et aussi que le Canada est en mesure

gain a stay much to its advantage and the disadvantage of defendants to an action. There is no evidence to substantiate these concerns.

[63] In any event, before a stay of an action can be entered on the Crown's motion following a determination that the Court lacks jurisdiction over the third-party proceedings, the intention of the Crown to institute the proceedings in a provincial jurisdiction must be proved to be *bona fide*. If evidence exists to prove an abuse of process, the Court can deal with it by denying the motion for a stay.

[64] I can understand why Baptiste feels that a stay being ordered pursuant to section 50.1 on Canada's motion is unfair; it will require a recommencement of the action in Alberta for Baptiste to obtain justice which might be inhibited by cost, not to mention the time and resources that will have been wasted in bringing the action this far. Baptiste also argues that the unfairness is compounded by the fact that the delay and cost will be at the instance of the fiduciary to the plaintiff Aboriginal people. However, I am unable to find that Canada does not have the legislative authority to cause this result.

C. Conflict between section 50.1 of the *Federal Courts Act* and subsection s. 21(2) of the *Crown Liability and Proceedings Act*

[65] In the course of oral argument, counsel for Baptiste argued that, by virtue of subsection 21(2) of the *Crown Liability and Proceedings Act*, a stay should not be granted because Baptiste would be prohibited from recommencing the action in the Court of Queen's Bench of Alberta. The argument depends on the meaning of the word "pending" in subsection 21(2).

[66] Baptiste argues that a stay does not make a proceeding "not pending". It is important to note that there is no statutory provision allowing for the ordering of a partial stay, or for the lifting of a stay once ordered

d'utiliser à mauvais escient cette disposition pour obtenir une suspension en grande partie à son avantage et au désavantage des défendeurs à une action. Aucune preuve ne corrobore ces préoccupations.

[63] Quoi qu'il en soit, avant que l'on puisse suspendre une action sur requête de la Couronne par suite d'une décision portant que la Cour n'a pas compétence sur la procédure de mise en cause, il est nécessaire de prouver que la Couronne a véritablement l'intention d'introduire la procédure au sein d'une juridiction provinciale. S'il existe une preuve d'abus de procédure, la Cour peut s'en charger en rejetant la requête en suspension.

[64] Je puis comprendre pourquoi Baptiste estime qu'une suspension ordonnée en vertu de l'article 50.1 à la requête du Canada est injuste; cela l'obligera à reprendre l'action en Alberta pour obtenir justice, ce qui pourrait être difficile à cause des coûts que cela représente, sans parler du temps et des ressources qu'il aura gaspillés jusqu'ici. Baptiste soutient également que l'injustice est aggravée par le fait que le délai et les frais encourus seront attribuables à la Couronne, qui détient une obligation fiduciaire envers les Autochtones demandeurs. Il m'est toutefois impossible de conclure que le Canada n'a pas le pouvoir législatif de causer ce résultat.

C. Conflit entre l'article 50.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* et le paragraphe 21(2) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*

[65] Au cours des plaidoiries, les avocats de Baptiste ont fait valoir que, en vertu du paragraphe 21(2) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, il ne fallait pas accorder une suspension, car cela empêcherait Baptiste de reprendre l'action devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. L'argument est fondé sur le sens du mot « pendante » qui figure au paragraphe 21(2).

[66] Baptiste soutient qu'une suspension n'a pas pour effet de rendre une procédure « non pendante ». Il est important de signaler qu'aucune disposition législative ne permet d'ordonner une suspension partielle, ou de

so as to breathe life into the action originally filed but stayed. Therefore, I find that, once a stay is ordered pursuant to section 50.1, the action before the Court is effectively “dead”; that is, a stayed proceeding cannot be found to be “pending”. Thus, I find that no conflict exists between section 50.1 and subsection 21(2).

D. Costs

[67] Baptiste argues that, if Canada is successful on the motion, nevertheless, it should be awarded costs given the significant expense incurred in the prosecution of the action to date will effectively be thrown away. As I stated during the course of the hearing, to give proper consideration to this issue, it will be the subject of separate argument following the decision on the substance of the motion.

ORDER

For the reasons provided, the motion is granted, and, thereby, the present action is stayed pursuant to subsection 50.1(1) of the *Federal Courts Act*.

The issue of the award of costs on the motion is reserved, and to be determined on argument to be presented as directed.

lever une suspension une fois qu'elle a été ordonnée, de façon à redonner vie à l'action initialement introduite mais suspendue. Je conclus donc qu'une fois qu'une suspension est ordonnée en application de l'article 50.1, l'action devant la Cour est effectivement « morte », c'est-à-dire qu'on ne peut pas déterminer qu'une procédure suspendue est « pendante ». Je conclus qu'il n'y a pas de conflit entre l'article 50.1 et le paragraphe 21(2).

D. Dépens

[67] Baptiste soutient que si le Canada a gain de cause au sujet de la requête, il faudrait quand même lui adjuger des dépens, car les frais considérables engagés à ce jour dans le cadre de la poursuite de l'action seront à toutes fins pratiques gaspillés. Comme je l'ai déclaré au cours de l'audience, cette question fera l'objet d'une argumentation distincte à la suite de la décision rendue sur le fond de la requête, de façon à pouvoir l'examiner comme il faut.

ORDONNANCE

Pour les motifs indiqués, la requête est accueillie et, de ce fait, la présente action est suspendue en application du paragraphe 50.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

La question de l'adjudication des dépens relatifs à la requête est reportée; elle sera réglée après présentation des arguments connexes, suivant les directives données.

T-531-03
2006 FC 409

T-531-03
2006 CF 409

JP Morgan Chase Bank and J.P. Morgan Europe Limited (*Plaintiffs*)

v.

Mystras Maritime Corporation, the Owners and All Others Interested in the Ship “Lanner” and The Ship “Lanner” (*Defendants*)

INDEXED AS: JP MORGAN CHASE BANK v. LANNER (THE) (F.C.)

Federal Court, Gauthier J.—Montréal, November 1, 2005; Ottawa, March 29, 2006.

Maritime Law — Liens and Mortgages — Appeal from Prothonotary’s decision that, with respect to distribution of proceeds of judicial sale of Liberian ship Lanner, claims of five creditors (claimants) who had supplied necessities not outranking plaintiff’s mortgage on ship — Plaintiffs’ foreign loan agreement, registered mortgage valid under Canadian, Liberian laws — Foreign maritime lien may be recognized, enforced by Federal Court once proven — Under Canadian law, suppliers of necessities only having statutory right in rem (statutory lien), not maritime lien — Maritime lien privilege against property (ship) which attaches, gains priority without any court action, deed or registration — Creating bundle of rights, passes with ship when ship changing owner — Under American law, American supplier of necessities benefiting from maritime lien even if services provided in foreign port — Such lien would outrank plaintiffs’ mortgage under Canadian law — All but two claimants not establishing having maritime lien under American law — As to issue of creditors’ priorities, not a case where judicial discretion should be exercised in favour of claimants.

Conflict of Laws — Appeal from Prothonotary’s decision that, with respect to distribution of proceeds of judicial sale

JP Morgan Chase Bank et J.P. Morgan Europe Limited (*demandereses*)

c.

Mystras Maritime Corporation, les propriétaires du navire « Lanner » et toutes autres personnes ayant un droit sur ce navire et Le Navire « Lanner » (*défendeurs*)

RÉPERTORIÉ : JP MORGAN CHASE BANK c. LANNER (LE) (C.F.)

Cour fédérale, juge Gauthier—Montréal, 1^{er} novembre 2005; Ottawa, 29 mars 2006.

Droit maritime — Privilèges et hypothèques — Appel à l’encontre de la décision d’un protonotaire portant que les réclamations de cinq créancières (les réclamantes) qui avaient fourni des approvisionnements nécessaires ne prenaient pas rang avant l’hypothèque de la demanderesse grevant le navire relativement à la distribution du produit tiré de la vente judiciaire du navire libérien Lanner — La convention de prêt-étrangère et l’hypothèque enregistrée des demandereses étaient valides en vertu du droit canadien et du droit libérien — Le privilège maritime acquis en vertu du droit étranger peut être reconnu et peut être exécuté par la Cour fédérale si la preuve en est faite — En vertu du droit canadien, les fournisseurs d’approvisionnements nécessaires ne jouissent pas d’un privilège maritime; ils ne détiennent qu’un droit réel prévu par la loi — Le privilège maritime est un privilège qui grève un navire, qui y est rattaché et qui a priorité sans qu’une mesure judiciaire, la constitution d’un acte ou un enregistrement ne soient nécessaires — Le privilège maritime constitue un ensemble de droits et est transféré avec le navire lorsque celui-ci change de propriétaire — En vertu du droit américain, le fournisseur d’approvisionnements nécessaires américain jouit d’un privilège maritime même si les services ont été fournis dans un port étranger — En droit canadien, un tel privilège prendrait rang avant l’hypothèque des demandereses — Seules deux réclamantes ont établi qu’elles sont titulaires d’un privilège maritime en vertu du droit américain — Pour ce qui est des rangs de priorité des créanciers, il ne s’agissait pas d’un cas où un pouvoir judiciaire discrétionnaire devait être exercé en faveur des réclamantes.

Conflit de lois — Appel à l’encontre de la décision d’un protonotaire portant que les réclamations de cinq créancières

of Liberian ship Lanner, claims of five creditors (claimants) who had supplied necessities not outranking plaintiff's mortgage on ship — Claimants contending contracted with owner of ship Lanner, contracts specifying American law governing transactions — Evidence of foreign law to prove validity of foreign documents (plaintiffs' mortgage) may be required depending on circumstances, evidence put forward — If evidence on foreign law absent, assumed to be same as Canadian law (lex fori) — Canadian rules of conflict of laws governing to determine proper law to apply to determine existence of maritime lien — While Prothonotary's approach (rule that law having closest, most substantial connection to transaction, i.e. supply of necessities, applicable) preferred, Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheve (The) binding — Rule of conflict of law applicable to determine proper law of maritime lien that used to determine proper law of contract — Except for two suppliers, other claimants' evidence insufficient to support contention American law governing transactions, having American maritime lien.

This was an appeal from a Prothonotary's decision that, with respect to the distribution of the proceeds of the judicial sale of the Liberian ship *Lanner*, the claims of five creditors (claimants) who had supplied necessities did not outrank the plaintiff's mortgage on the ship. Most of the necessities were supplied outside of Canada and pursuant to contracts allegedly governed by the law of the United States. Under that law, necessities men enjoy in specific circumstances a maritime lien, which under Canadian law, outranks a mortgage. The claimants allegedly contracted with the owner of the *Lanner* through its managing agent and their contracts purportedly specified that the law applicable to these transactions was American law. The plaintiffs had lent a principal amount of US \$27,500,000 to the owners of the *Lanner* and its sister ships. As part security and under the terms of the loan agreement, a general assignment dated August 2, 2000, in favour of the plaintiffs and a first preferred mortgage on the *Lanner* was executed. The mortgage was apparently registered against the ship's title on August 3, 2000. The borrowers initially defaulted on the loan in February 2002 and failed to make subsequent payments. After demanding immediate payment of all sums owed in early March 2003, the plaintiffs took possession of the *Lanner* which was sold for US \$6,900,000 on June 9, 2003. According to the plaintiffs, on

(les réclamantes) qui avaient fourni des approvisionnements nécessaires ne prenaient pas rang avant l'hypothèque de la demanderesse grevant le navire relativement à la distribution du produit tiré de la vente judiciaire du navire libérien Lanner — Les réclamantes affirmaient avoir conclu un marché avec le propriétaire du navire Lanner et que leurs contrats précisaient que le droit applicable à ces transactions commerciales était le droit américain — Une preuve du droit étranger peut être exigée pour prouver la validité des documents étrangers (l'hypothèque des demanderesse) selon la situation et les éléments de preuve présentés — En l'absence de preuve quant au droit étranger, celui-ci est présumé être semblable au droit canadien (lex fori) — La Cour devait se servir des règles canadiennes de droit international privé pour déterminer quel droit appliquer pour décider si un privilège maritime existait — Bien que l'approche adoptée par le protonotaire était préférable (soit que la règle selon laquelle le droit qui a le lien le plus étroit et le plus important avec la transaction, c.-à-d. la fourniture d'approvisionnements nécessaires, s'appliquait), la Cour était liée par la décision rendue dans Richardson International, Ltd. c. Mys Chikhacheve (Le) — La règle de conflit applicable pour déterminer le droit applicable à un privilège maritime est celle qui s'applique pour déterminer le droit applicable au contrat — Exception faite de deux fournisseurs, les réclamantes n'ont pas déposé de preuve qui étayait leur argument selon lequel le droit américain s'appliquait aux transactions et qu'elles étaient titulaires d'un privilège maritime en vertu du droit américain.

Il s'agissait d'un appel à l'encontre de la décision d'un protonotaire portant que les réclamations de cinq créancières (les réclamantes) qui avaient fourni des approvisionnements nécessaires ne prenaient pas rang avant l'hypothèque de la demanderesse grevant le navire relativement à la distribution du produit tiré de la vente judiciaire du navire libérien *Lanner*. La plus grande partie des approvisionnements nécessaires a été fournie à l'extérieur du Canada, et ce, en vertu de contrats prétendument régis par le droit des États-Unis. En vertu de ce droit, les fournisseurs jouissent, dans certaines circonstances précises, d'un privilège maritime qui, en droit canadien, prend rang avant une hypothèque. Les réclamantes ont prétendument conclu un marché avec le propriétaire du *Lanner*, par l'entremise de son directeur non fondé de pouvoir, et leurs contrats précisaient censément que le droit applicable à ces transactions commerciales était le droit américain. Les demanderesse avaient prêté un capital de 27 500 000 \$US aux propriétaires du *Lanner* et de ses navires jumaux. À titre de garantie partielle et aux termes des modalités de la convention de prêt, une cession générale datée du 2 août 2000 en faveur des demanderesse et une hypothèque de premier rang sur le *Lanner* ont été consenties. L'hypothèque avait censément été enregistrée le 3 août 2000 contre le titre du navire. En février 2002, les emprunteurs ont fait défaut de

December 30, 2004, the amount owed after deducting money obtained from the execution of other securities was US \$10,772,659.37. The issues were whether the plaintiffs' right to claim was valid, what law applied to determine the nature of the claimants' substantive rights and whether the Court should depart from the normal order of priorities because the plaintiffs took an inordinate amount of time to arrest the vessel and execute their security.

Held, the appeal should be allowed in part.

There was no evidence that the loan agreement or registered mortgage were deficient in any way under the laws of Liberia or Canada given that, in the absence of evidence regarding Liberian law, it is presumed to be identical to Canadian law. Evidence of foreign law may be required depending on the circumstances and the evidence put forward by the party contesting the validity of the documents filed by a mortgagee in support of its claim. The relevance of foreign law is a question of fact that needs to be established. If it is not pleaded and proved or insufficiently proved, then the foreign law is assumed to be the same as the *lex fori*. Under Canadian law, the loan agreement and the registered mortgage were valid. The plaintiffs established the basis of their claim.

A maritime lien acquired under a foreign law will be recognized and may be enforced by the Federal Court. But once the nature of the right has been assessed under its proper law, the priority to be given to that right will be assessed under Canadian law (*lex fori*). In ascertaining what proper law should be applied to determine whether a maritime lien exists, the Court must use Canadian rules of conflict of laws. However, before doing so, the Court must ascertain that there are significant differences between Canadian and foreign law creating a conflict. There was no evidence in this case that any law other than American law might apply. Under Canadian law, suppliers of necessities do not have the benefit of a maritime lien but only have a statutory right *in rem*, sometimes referred to as a "statutory lien", which ranks after a mortgage. A maritime lien constitutes a bundle of rights and is a privilege against property (a ship) which attaches and gains priority without any court action, deed or registration. It

paiement pour la première fois et ils ont omis de faire des paiements ultérieurs. Après avoir demandé, au début de mars 2003, le paiement immédiat de toutes les sommes dues, les demanderesse ont pris possession du *Lanner*, qui a été vendu pour la somme de 6 900 000 \$US le 9 juin 2003. Selon les demanderesse, le montant qui leur était dû en date du 30 décembre 2004, après déduction des montants obtenus par suite de l'exécution d'autres garanties, était de 10 772 659,37 \$US. Les questions soulevées étaient celles de savoir si le droit de réclamation des demanderesse était valable, quel droit devait être appliqué pour déterminer la nature des droits fondamentaux des réclamantes et si la Cour devait déroger à l'ordre traditionnel des priorités parce que les demanderesse avaient pris un temps excessif à faire saisir le navire et à réaliser leur garantie.

Jugement : l'appel est accueilli en partie.

Il n'existait pas la moindre preuve que la convention de prêt ou l'hypothèque enregistrée étaient incomplètes d'une quelconque façon en vertu des lois du Libéria ou en vertu des lois du Canada, compte tenu qu'en l'absence de preuve quant au droit libérien, celui-ci est présumé semblable au droit canadien. Une preuve du droit étranger peut être exigée selon la situation et les éléments de preuve présentés par la partie qui conteste la validité des documents déposés par un créancier hypothécaire à l'appui de sa réclamation. La pertinence du droit étranger est une question de fait qui doit être établie. Si le droit étranger n'est pas plaidé et établi ou s'il est établi d'une façon insuffisante, il est présumé être le même que celui du tribunal saisi. En vertu du droit canadien, la convention de prêt et l'hypothèque enregistrée étaient valides. Les demanderesse avaient établi le fondement de leur réclamation.

Un privilège maritime acquis en vertu du droit étranger sera reconnu et pourra être exécuté par la Cour fédérale. Mais, dès que la nature du droit a été évaluée en vertu du droit qui lui est applicable, la priorité qui doit être accordée à ce droit sera évaluée en vertu du droit canadien (*lex fori*). Pour déterminer quel droit devrait s'appliquer pour décider si un privilège maritime existe, la Cour devait se servir des règles canadiennes de droit international privé. Cependant, avant de faire cela, la Cour devait vérifier s'il existait des différences importantes entre le droit canadien et le droit étranger qui créent un conflit. Rien ne prouvait qu'un droit autre que le droit américain pouvait s'appliquer en l'espèce. En vertu du droit canadien, les fournisseurs d'approvisionnements nécessaires ne jouissent pas d'un privilège maritime. Ils ne détiennent qu'un droit réel prévu par la loi, parfois appelé « privilège d'origine législative », qui prend rang après une hypothèque. Un privilège maritime constitue un ensemble de

passes with the ship when the ship is sold to another owner. Under American law, an American supplier of necessities will benefit from a maritime lien even if the services were provided to the ship in a foreign port. Under the Canadian law of priority and ranking, such a lien would rank before the plaintiffs' mortgage. A conflict of laws did in fact arise with respect to such claims. There was a dispute as to whether American law grants a maritime lien for necessities directly provided by a foreign supplier to a foreign ship in a foreign port.

The applicable Canadian rule of conflict of laws was that of the closest and most substantial connection with the supply of necessities. The Prothonotary chose this approach because there was no direct contractual relationship between the plaintiffs and the claimants and he felt bound to apply the Federal Court of Appeal case of *Imperial Oil Ltd. v. Petromar Inc.* in which the law that had the closest connection to the transaction was applied. But the claimants argued that Stone J.A. in *Imperial Oil* meant to apply the rule of conflict of laws applicable to contracts. In *Richardson International, Ltd. v. Myschikhacheva (The)* the Federal Court of Appeal found that *Imperial Oil* confirmed the applicability of the usual rules for determining the proper law of a contract. These decisions appear contradictory because Stone J.A. stated that the choice of law in the supply contract with the demise charterer was but one factor among many to consider and that the Court should still examine all the factors to determine the law that has the closest and most substantial connection to the transaction. By simply applying the choice of law made by the two parties to the contract, the parties would be permitted to do indirectly what they cannot do directly, i.e. create a maritime lien. Courts respect and enforce the choice of a law provisions in a contract because the parties must not be allowed to renege on their bargain. It is difficult to understand how this justification applies when one deals with a substantive right granted against a fictive person, i.e. a ship not party to the contract. Although the approach taken by the Prothonotary was preferred, the Federal Court of Appeal's decision in *Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheva (The)* and its general view that the rule of conflict applicable to determine the proper law of a maritime lien is that used to determine the proper law of the contract, was binding. The evidence the claimants filed to support their contention that they had a contract directly with the shipowner through its managing agent and that the shipowner was therefore

droits et il s'agit d'un privilège qui grève un navire, qui y est rattaché et qui a priorité sans qu'une mesure judiciaire, la constitution d'un acte ou un enregistrement ne soient nécessaires. Ce privilège est transféré avec le navire lorsque celui-ci est vendu à un autre propriétaire. En vertu du droit américain, un fournisseur d'approvisionnements nécessaires américain jouira d'un privilège maritime même si c'est dans un port étranger que les services ont été fournis au navire. En vertu du droit canadien de priorité de rang, un tel privilège prendrait rang avant l'hypothèque des demandesses. Les réclamations en l'espèce donnaient effectivement lieu à un conflit de lois. Les parties ne s'entendaient pas quant à savoir si le droit américain prévoit un privilège maritime quant aux approvisionnements nécessaires livrés directement par un fournisseur étranger à l'égard d'un navire étranger dans un port étranger.

La règle du droit international privé canadien applicable était celle qui prévoyait le lien le plus étroit et le plus important avec la fourniture d'approvisionnements nécessaires. Le protonotaire a choisi cette approche parce qu'il n'existait aucune relation contractuelle directe entre les demandesses et les réclamantes et il s'est senti obligé d'appliquer l'arrêt *Imperial Oil Ltd. c. Petromar Inc.* de la Cour d'appel fédérale, qui a appliqué le droit qui avait le lien le plus étroit avec la transaction. Mais les réclamantes ont prétendu que le juge Stone voulait, dans l'affaire *Imperial Oil*, appliquer la règle concernant les conflits de lois applicables aux contrats. Dans *Richardson International, Ltd. c. Myschikhacheva (Le)*, la Cour d'appel fédérale a conclu que l'arrêt *Imperial Oil* confirmait l'applicabilité des règles habituelles servant à déterminer le droit applicable au contrat. Ces décisions semblent se contredire parce que le juge Stone a conclu que le choix du droit applicable dans le contrat d'approvisionnement conclu avec l'affrètement en coque nue n'était qu'un facteur parmi tant d'autres dont il fallait tenir compte et que la Cour devrait examiner l'ensemble des facteurs pour déterminer quel droit a le lien le plus étroit et le plus important avec la transaction. En appliquant tout simplement le choix du droit applicable fait par les deux parties au contrat, les parties pourraient faire indirectement ce qu'elles ne peuvent pas faire directement, c.-à-d. créer un privilège maritime. Les cours de justice respectent et appliquent les dispositions concernant la désignation du droit applicable parce que les parties ne doivent pas avoir le droit de renier le marché qu'elles ont conclu. Il est difficile de comprendre comment cette justification s'applique lorsque l'on a affaire à un droit formel accordé contre une personne fictive, c'est-à-dire un navire qui n'est pas partie au contrat. Bien que l'approche adoptée par le protonotaire était préférable, la Cour était liée par la décision que la Cour d'appel fédérale a rendue dans l'affaire *Richardson*

personally liable under the contract was insufficient. But, this point was only material to the determination of the applicable rule of conflict of law and pointed toward the application of the approach taken in *Imperial Oil*; it did not affect the substantive right created under American law. There was no reason to believe that in these particular cases the necessities were not ordered by a person presumed to have authority to procure such necessities and thus to create a right against the vessel.

The American and Greek suppliers had a lien under American law which was the proper law to be applied, either as the express choice of law or as the law having the closest connection with the transaction. Therefore, those two specific claimants were entitled to be paid in priority to the plaintiffs' mortgage. As to the other claimants, even if the Court were to apply American law, they failed to establish by preponderance of evidence that their claims gave rise to a maritime lien under such law for the specific services rendered to the *Lanner* outside of the United States. In so concluding, more weight was given to the expert evidence that, American law does not provide for a lien with respect to necessities provided by a foreign supplier to a foreign ship in a foreign port.

The Prothonotary's refusal to reorder the creditors' priorities was a question vital to the final issue of the matter. The Court reviewed the issue *de novo* and came to the same conclusion as the Prothonotary that this was not a case where judicial discretion based on equity should be exercised in favour of the claimants. There was no evidence that, because of the services they rendered, the plaintiffs were able to receive additional payments from the owner of the *Lanner*. It appears that the plaintiffs did not receive any money from the borrowers until they executed their securities. The claimants simply failed to meet their burden of establishing very special circumstances, which warranted departure from the law-

International, Ltd. c. Mys Chikhacheva (Le) et l'opinion générale que la règle de conflit applicable pour déterminer le droit applicable à un privilège maritime est celle qui s'applique pour déterminer le droit applicable au contrat. La preuve que les réclamantes ont déposé à l'appui de leur argument selon lequel elles avaient conclu un contrat directement avec le propriétaire du navire par l'intermédiaire de son directeur non fondé de pouvoir et selon lequel le propriétaire du navire avait donc engagé sa responsabilité personnelle aux termes du contrat n'était pas suffisante. Mais ce point n'était important que pour la question de savoir quelle était la règle de conflit de loi qui lui était applicable et faisait pencher la balance du côté de l'application de l'approche adoptée dans l'arrêt *Imperial Oil*; il n'avait aucune incidence sur le droit formel créé en vertu du droit américain. Il n'y avait aucune raison de croire que dans ces cas particuliers les approvisionnements nécessaires n'avaient pas été commandés par une personne présumée avoir le pouvoir de se procurer ces approvisionnements nécessaires et par conséquent de créer un droit sur le navire.

Le fournisseur américain et le fournisseur grecque étaient titulaires d'un privilège en vertu du droit américain, qui était le droit qu'il convenait d'appliquer, soit en raison du choix exprès du droit applicable, soit parce qu'il s'agissait du droit le plus étroitement lié à la transaction. Par conséquent, ces deux réclamantes précises avaient le droit d'être payées avant l'hypothèque des demandereses. Pour ce qui est des autres réclamantes, même si la Cour devait appliquer le droit américain, elles n'avaient pas réussi à établir par prépondérance de la preuve que leurs réclamations donnaient naissance à un privilège maritime en vertu de ce droit quant aux services particuliers rendus au *Lanner* à l'extérieur des États-Unis. Pour en arriver à cette conclusion, plus d'importance a été accordée au témoignage d'expert selon lequel le droit américain ne prévoit aucun privilège en rapport avec les approvisionnements nécessaires livrés par un fournisseur étranger à un navire étranger dans un port étranger.

Le refus du protonotaire de reclasser les rangs de priorité était une question déterminante pour l'issue de la présente affaire. La Cour a examiné cette question *de novo* et a tiré la même conclusion que le protonotaire qu'il ne s'agissait pas d'un cas où un pouvoir judiciaire discrétionnaire fondé sur l'équité devait être exercé en faveur des réclamantes. Rien ne prouvait que, en raison des services rendus, les demandereses avaient pu recevoir des paiements additionnels de la part du propriétaire du *Lanner*. Il semble que les demandereses n'ont reçu un montant d'argent de la part des emprunteurs que lorsqu'elles ont réalisé leurs garanties. Les réclamantes n'avaient tout simplement pas réussi à s'acquitter de

established order of priorities to prevent an obvious injustice.

l'obligation qu'elles avaient d'établir l'existence de circonstances très particulières justifiant la dérogation à l'ordre de priorité établi par la loi afin d'empêcher une injustice évidente.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Carriage of Goods by Sea Act, 46 U.S.C. App. § 1300 (2000).

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 22(2)(m) (as am. *idem*, s. 31), 43(3) (as am. *idem*, s. 40).

Harter Act, 46 U.S.C. App. § 181 (2000).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheva (The), [2001] 3 F.C. 41; (2001), 200 F.T.R. 76; 2001 FCT 13; affd [2002] 4 F.C. 80; (2002), 288 N.R. 96; 2002 FCA 97.

APPLIED:

Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc., [2004] 2 F.C.R. 459; (2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175; 2003 FCA 488; *Royal Bank of Scotland plc v. Golden Trinity (The)* (2000), 254 F.T.R. 1; 2004 FC 795; *Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248; (1972), 32 D.L.R. (3d) 571; *Imperial Oil Ltd. v. Petromar Inc.*, [2002] 3 F.C. 190; (2001), 209 D.L.R. (4th) 158; 283 N.R. 182; 2001 FCA 391.

DISTINGUISHED:

Liverpool and London S.S. Prot. & Indem. Ass'n v. Queen of Leman MV, 296 F.3d 350 (5th Cir. 2002); *Ryan-Walsh v. M/V Ocean Trader*, 930 F. Supp. 210 (D. Md. 1996).

CONSIDERED:

Governor and Company of the Bank of Scotland v. Nel (The), [2001] 1 F.C. 408; (2000), 189 F.T.R. 230 (T.D.); *Backman v. Canada*, [2000] 1 F.C. 555; (1999), 178 D.L.R. (4th) 126; 46 B.L.R. (2d) 225; [1999] 4 C.T.C. 177; 99 DTC 5602; 246 N.R. 309 (C.A.); affd [2001] 1 S.C.R. 367; (2001), 196 D.L.R. (4th) 193; 11 B.L.R. (3d) 165; [2001] 2 C.T.C. 11; 2001 DTC 5149; 277 N.R. 246; *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953); *Romero v.*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Carriage of Goods by Sea Act, 46 U.S.C. App. § 1300 (2000).

Harter Act, 46 U.S.C. App. § 181 (2000).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 22(2)(m) (mod., *idem*, art. 31), 43(3) (mod., *idem*, art. 40).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Richardson International, Ltd. c. Mys Chikhacheva (Le), [2001] 3 C.F. 41; 2001 CFPI 13; conf. par [2002] 4 C.F. 80; 2002 CAF 97.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc., [2004] 2 R.C.F. 459; 2003 CAF 488; *Royal Bank of Scotland plc c. Golden Trinity (Le)*, 2004 CF 795; *Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248; *Imperial Oil Ltd. c. Petromar Inc.*, [2002] 3 C.F. 190; 2001 CAF 391.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Liverpool and London S.S. Prot. & Indem. Ass'n v. Queen of Leman MV, 296 F.3d 350 (5th Cir. 2002); *Ryan-Walsh v. M/V Ocean Trader*, 930 F. Supp. 210 (D. Md. 1996).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Governor and Company of the Bank of Scotland c. Nel (Le), [2001] 1 C.F. 408 (1^{re} inst.); *Backman c. Canada*, [2000] 1 C.F. 555 (C.A.); conf. par [2001] 1 R.C.S. 367; *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953); *Romero v. International Terminal Operating Co.*, 358 U.S. 354 (1959); *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. c. Expedient Maritime Co.*, [1999] A.C.F. n° 947 (1^{re} inst.) (QL); *Rainbow Line, Inc. v. M/V Tequila*, 480 F.2d 1024

International Terminal Operating Co., 358 U.S. 354 (1959); *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd v. Expedient Maritime Co.* (1999), 170 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Rainbow Line, Inc. v. M/V Tequila*, 480 F.2d 1024 (2nd Cir. 1973); *Gulf Trading & Transp. Co. v. Vessel Hoegh Shield*, 658 F.2d 363 (5th Cir. 1981); *Trinidad Foundry & Fabricating, Ltd. v. M/V K.A.S. Camilla*, 966 F.2d 613 (11th Cir. 1992); *Marine Oil Trading Ltd. v. Motor Tanker Paros*, 287 F. Supp. 2d 638 (E.D.Va. 2003); *Kirgan Holding S.A. v. Panamax Leader (The)* (2002), 225 F.T.R. 273; 2002 FCT 1235.

REFERRED TO:

Ontario Bus Industries v. Federal Calumet (The) (1992), 150 N.R. 149 (F.C.A.); *Rainbow Line, Inc. v. M/V Tequila*, 341 F. Supp. 459 (S.D.N.Y. 1972); *Assuranceforeningen Skuld Den Danske Afdeling v. Allfirst Bank*, 2004 U.S. App. LEXIS 8131 (2nd Cir. 2004); *Scott Steel Ltd. v. Alarissa (The)* (1997), 125 F.T.R. 284 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1997.
Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal: International Shipping Publications, 1998.

APPEAL from a Prothonotary's decision ((2005), 275 F.T.R. 159; 2005 FC 864) that, with respect to the distribution of the proceeds of the judicial sale of the Liberian ship *Lanner*, the claims of creditors who had supplied necessities did not outrank the plaintiff's mortgage on the ship. Appeal allowed in part.

APPEARANCES:

Anil K. Mohan and James E. Gould, Q.C. for plaintiffs.
No one appearing for defendants.
Gassim Bangoura and Jean-Marie Fontaine for claimants.

SOLICITORS OF RECORD:

Metcalf & Company, Halifax, for plaintiffs.

(2nd Cir. 1973); *Gulf Trading & Transp. Co. v. Vessel Hoegh Shield*, 658 F.2d 363 (5th Cir. 1981); *Trinidad Foundry & Fabricating, Ltd. v. M/V K.A.S. Camilla*, 966 F.2d 613 (11th Cir. 1992); *Marine Oil Trading Ltd. v. Motor Tanker Paros*, 287 F. Supp. 2d 638 (E.D.Va. 2003); *Kirgan Holding S.A. c. Panamax Leader (Le)*, 2002 CFPI 1235.

DÉCISIONS CITÉES :

Ontario Bus Industries c. Federal Calumet (Le), [1992] A.C.F. n° 1085 (C.A.) (QL); *Rainbow Line, Inc. v. M/V Tequila*, 341 F. Supp. 459 (S.D.N.Y. 1972); *Assuranceforeningen Skuld Den Danske Afdeling v. Allfirst Bank*, 2004 U.S. App. LEXIS 8131 (2nd Cir. 2004); *Scott Steel Ltd. c. Alarissa (Le)*, [1997] A.C.F. n° 139 (1^{re} inst.) (QL).

DOCTRINE CITÉE

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. Toronto : Butterworths, 1997.
Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal : International Shipping Publications, 1998.

APPEL à l'encontre de la décision d'un protonotaire (2005 CF 864) portant que les réclamations de cinq créancières (les réclamantes) qui avaient fourni des approvisionnements nécessaires ne prenaient pas rang avant l'hypothèque de la demanderesse grevant le navire relativement à la distribution du produit tiré de la vente judiciaire du navire libérien *Lanner*. Appel accueilli en partie.

ONT COMPARU :

Anil K. Mohan et James E. Gould, c.r. pour les demandereses.
Personne n'a comparu pour les défendeurs.
Gassim Bangoura et Jean-Marie Fontaine pour les réclamantes.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Metcalf & Company, Halifax, pour les demandereses.

Borden Ladner Gervais LLP, Montréal, for claimants.

Borden Ladner Gervais s.r.l., Montréal, pour les réclamantes.

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.: On June 9, 2003, the Liberian ship *Lanner* was sold for US \$6,900,000 by this Court in an admiralty action *in rem* at the behest of her mortgage holder, JP Morgan Chase.

[1] LA JUGE GAUTHIER : Le 9 juin 2003, le navire libérien *Lanner* a été vendu par la Cour pour la somme de 6 900 000 \$US dans une action réelle en matière d'amirauté sur l'ordre de son créancier hypothécaire, JP Morgan Chase.

[2] In accordance with sound practice, the sale was advertised and other creditors were given the opportunity of asserting their claims. As often happens, the amount of the claims exceeds the proceeds of the sale.

[2] Conformément aux usages éprouvés, la vente a été annoncée et les autres créanciers ont eu la possibilité de faire valoir leurs réclamations. Comme c'est souvent le cas, le montant des réclamations est supérieur au produit de la vente.

[3] It fell upon Prothonotary Morneau to rule on the validity of the claims and to determine which, if any, enjoyed priority. This is an appeal from his order dated June 17, 2005, by five creditors who supplied necessities to the *Lanner* or to other ships alleged to be sister ships. They submit that their claims outrank the mortgage. Prothonotary Morneau held the opposite [*sub nom. JP Morgan Chase v. Mystras Maritime Corp.* (2005), 275 F.T.R. 159 (F.C.)].

[3] C'est au protonotaire Morneau qu'a incombé la tâche de se prononcer sur la validité des réclamations et de décider laquelle, le cas échéant, avait priorité. Il s'agit d'un appel interjeté par cinq créanciers qui ont fourni les approvisionnements nécessaires à l'égard du *Lanner* ou à l'égard d'autres navires qui sont prétendument des navires jumeaux à l'encontre de l'ordonnance que le protonotaire Morneau a rendue le 17 juin 2005. Ils prétendent que leurs réclamations prennent rang avant l'hypothèque. Le protonotaire Morneau était d'avis contraire [*sub nom. JP Morgan Chase c. Mystras Maritime Corp.*, 2005 CF 864].

[4] If all the claims were to be adjudged in accordance with domestic Canadian maritime law, Prothonotary Morneau's decision would be unassailable. Although necessities men are given a statutory right *in rem* and are entitled to arrest the ship if she has not been already sold, their claims carry no priority. They are outranked by a mortgage.

[4] Si toutes les réclamations étaient jugées selon le droit maritime canadien, la décision du protonotaire Morneau serait inattaquable. Bien que les fournisseurs soient titulaires d'un droit réel créé par une loi et aient le droit de saisir le navire s'il n'a pas déjà été vendu, leurs réclamations n'ont aucune priorité. Elles prennent rang après l'hypothèque.

[5] However, most of the necessities were supplied outside of Canada and pursuant to contracts allegedly governed by the law of the United States. Under that law, necessities men enjoy in certain specific circumstances a maritime lien, which under Canadian law outranks a mortgage.

[5] La plus grande partie des approvisionnements nécessaires a toutefois été fournie à l'extérieur du Canada, et ce, en vertu de contrats prétendument régis par le droit des États-Unis. En vertu de ce droit, les fournisseurs jouissent, dans certaines circonstances précises, d'un privilège maritime, lequel en droit canadien prend rang avant une hypothèque.

[6] Prothonotary Morneau also awarded costs to the mortgage holder. The five creditors who appealed his decision with respect to the distribution of the proceeds of the sale also appealed this order.

[7] There is no doubt, and the parties agree, that the distribution of the proceeds of the sale of the ship *Lanner* is an issue that is vital to the final outcome of this matter. Applying the standard of review set out in *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459 (F.C.A.), at paragraph 19, where the Prothonotary exercised a discretionary power, the Court will exercise its discretion *de novo*. All other issues being issues of law, the standard will be correctness.

[8] As to costs, it is obvious that if my decision on the merits differs from that of the Prothonotary, this issue will also have to be considered *de novo*. With respect to the question of law raised by the creditors, the Court will intervene if the Prothonotary's decision is incorrect.

BACKGROUND

[9] The five creditors who appealed the orders of the Prothonotary are:

(a) Ashland Specialty Chemical Company, an American company, which claims a maritime lien for the supply of necessities to the *Lanner* at Cape Town, South Africa. In support of its claim, it filed the affidavit of Lawrence Steinhauer, manager of business analysis;

(b) Kent Trade & Finance Inc., a company from the British Virgin Islands, which supplied fuel and oil to the *Lanner* at Halifax, Canada and Cartagena, Spain. Kent Trade also claims a maritime lien for fuel and oil supplied to the ship *Hobby*, allegedly a sister ship of the *Lanner*, at St. Eustatius. In support of its claim, Kent Trade filed the affidavit of George Saroglou, managing director of Marine Fuels Ltd. dated July 25, 2003;

[6] Le protonotaire Morneau a également adjugé des dépens au créancier hypothécaire. Les cinq créanciers qui ont interjeté appel de sa décision concernant la distribution du produit de la vente ont également interjeté appel de cette ordonnance.

[7] Il ne fait aucun doute, et les parties le reconnaissent, que la distribution du produit de la vente du navire *Lanner* est une question qui aura une influence déterminante sur l'issue du litige. Appliquant la norme de contrôle mentionnée dans *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459 (C.A.F.), au paragraphe 19, où le protonotaire a exercé un pouvoir discrétionnaire, la Cour exercera son pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début. Toutes les autres questions étant des questions de droit, la norme de contrôle sera la norme de la décision correcte.

[8] Il est évident que si ma décision sur le fond est différente de celle du protonotaire, la question des dépens devra également être examinée de nouveau. Quant à la question de droit soulevée par les créanciers, la Cour interviendra si la décision du protonotaire est erronée.

L'HISTORIQUE

[9] Les cinq créanciers qui ont interjeté appel des ordonnances du protonotaire sont les suivants :

a) Ashland Specialty Chemical Company, une société américaine, qui invoque un privilège maritime pour la fourniture, effectuée au Cap (Afrique du Sud), d'approvisionnements nécessaires à l'égard du *Lanner*. À l'appui de sa revendication, celle-ci a déposé l'affidavit de Lawrence Steinhauer, directeur de l'analyse commerciale;

b) Kent Trade & Finance Inc., une société des Îles Vierges britanniques qui a fourni, à Halifax (Canada) et à Carthagène (Espagne), du carburant et de l'huile au *Lanner*. Kent Trade invoque également un privilège maritime pour le carburant et l'huile fournis à St-Eustatius au navire *Hobby*, lequel serait le navire jumeau du *Lanner*. À l'appui de sa revendication, Kent Trade a déposé l'affidavit daté du 25 juillet 2003 de

(c) Praxis Energy Agents S.A., a Greek company, which supplied bunker fuel to the *Lanner* at the port of Pointe à Pierre, Trinidad. It also appears from the invoice attached to the affidavit of Dimitris Chasabalis, filed in support of this claim and dated August 1, 2003, that Praxis claims a certain amount for the supply of necessities to the *Lanner* at Charleston in the United States; ¹

(d) CP3500 International Ltd., a Cypriot company, which supplied various combustion catalysts to the *Lanner* at Singapore. The affidavit of Georgina Tsikkou, its account manager, dated July 29, 2003, was filed in support of its claim;

(e) Marine Fuels Ltd., another Greek company, which supplied fuel to the ship *Peregrine*, another alleged sister ship of the *Lanner*, at Houston. In support of its claim, Marine Fuels Ltd. filed the affidavit of George Saroglou, its managing director, also dated July 25, 2003;

[10] I shall hereinafter refer to the above creditors as the claimants.

[11] As mentioned, these claimants say that they contracted with the owner of the *Lanner*, through its managing agent Arrow Ltd., and that their contracts specified that the law applicable to these transactions was American law.

[12] The plaintiffs filed the affidavit of Parisa Suvarnatemee, an officer of JP Morgan Chase Bank, stating that the plaintiffs had lent a principal amount of US \$27,500,000 to Mystras Maritime, the then-owner of the *Lanner*, as well as to Twin Seas Shipping, the then-owner of the *Peregrine*, and to Alchemy Shipping, the then-owner of the *Hobby*.

[13] As part security and under the terms of the loan agreement, Mystras Maritime executed in favour of the

George Saroglou, directeur général de Marine Fuels Ltd.;

c) Praxis Energy Agents S.A., une société grecque qui a fourni du combustible de soute au *Lanner* au port de Pointe à Pierre (Trinidad). Il appert également de la facture datée du 1^{er} août 2003, jointe à l'affidavit de Dimitris Chasabalis et déposée à l'appui de cette revendication, que Praxis revendique un certain montant pour la fourniture d'approvisionnements nécessaires à l'égard du *Lanner* à Charleston (États-Unis)¹;

d) CP3500 International Ltd., une société chypriote qui a fourni divers catalyseurs de combustion au *Lanner* à Singapour. L'affidavit de Georgina Tsikkou, la directrice des comptes, daté du 29 juillet 2003, a été déposé à l'appui de sa revendication;

e) Marine Fuels Ltd., une autre société grecque, qui a fourni, à Houston, du carburant au navire *Peregrine*, un autre prétendu navire jumeau du *Lanner*. À l'appui de sa réclamation, Marine Fuels Ltd. a déposé un affidavit daté du 25 juillet 2003, signé par George Saroglou, son directeur général;

[10] Je désignerai ci-après les créancières susmentionnées comme étant les réclamantes.

[11] Comme il a déjà été mentionné, les réclamantes affirment qu'elles ont conclu un marché avec le propriétaire du *Lanner*, par l'entremise de son directeur non fondé de pouvoir Arrow Ltd., et que leurs contrats précisaient que le droit applicable à ces transactions commerciales était le droit américain.

[12] Les demanderesse ont déposé l'affidavit de M^{me} Parisa Suvarnatemee, une représentante de JP Morgan Chase Bank, dans lequel celle-ci affirme que les demanderesse avaient prêté un capital de 27 500 000 \$US à Mystras Maritime, qui était alors propriétaire du *Lanner*, à Twin Seas Shipping, qui était alors propriétaire du *Peregrine*, et à Alchemy Shipping, qui était alors propriétaire du *Hobby*.

[13] À titre de garantie partielle et en vertu des modalités de la convention de prêt, Mystras Maritime a

plaintiffs a general assignment dated August 2, 2000, and a first preferred mortgage on the *Lanner*.

consenti en faveur des demanderessees une cession générale datée du 2 août 2000 et une hypothèque de premier rang sur le *Lanner*.

[14] In February 2002, the borrowers failed to deposit the revenues derived from the operation of their ships with the bank. This was the initial event of default.

[14] En février 2002, les emprunteurs ont omis de déposer auprès de la banque les revenus tirés de l'exploitation de leurs navires. Ce fut le premier type de manquement.

[15] At the end of June 2002 and at the end of December 2002, the borrowers failed to make their payments.

[15] À la fin de juin 2002 et à la fin de décembre 2002, les emprunteurs ont omis de faire leurs paiements.

[16] After demanding immediate payment of all sums owed in early March 2003, the plaintiffs took possession of and later sold the *Lanner*.

[16] Après avoir demandé, au début de mars 2003, le paiement immédiat de toutes les sommes dues, les demanderessees ont pris possession du *Lanner* et l'ont vendu.

[17] According to the affidavit of Maxine Graves, a second affidavit filed by the plaintiffs, as of December 30, 2004, the amount owed to the plaintiffs after deducting money obtained from the execution of other securities was US \$10,772,659.37.

[17] Selon l'affidavit de Maxine Graves, un deuxième affidavit déposé par les demanderessees, en date du 30 décembre 2004, le montant dû aux demanderessees, après déduction des montants obtenus suite à l'exécution d'autres garanties, était de 10 772 659,37 \$US.

[18] The claimants have also relied on an expert affidavit from Andrew S. de Klerk, which deals with the American law applicable to their particular claims. The plaintiffs filed a reply affidavit from William Juska on the same subject.

[18] Les réclamantes ont également invoqué un affidavit d'expert émanant d'Andrew S. de Klerk. Cet affidavit traite du droit américain applicable à leurs réclamations. Les demanderessees ont déposé un affidavit en réponse émanant de William Juska quant au même sujet.

[19] Originally, 15 creditors filed claims against the proceeds of sale of the *Lanner*. Only the claimants appealed the two decisions of the Prothonotary.

[19] À l'origine, 15 créanciers ont déposé des réclamations à l'égard du produit de la vente du *Lanner*. Seules les réclamantes ont interjeté appel des deux décisions du protonotaire.

THE ISSUES

The claimants raise the following issues:

- (i) have the plaintiffs established their right to claim against the *Lanner*?
- (ii) what law should be applied to determine the nature of their substantive rights?

LES QUESTIONS

Les réclamantes ont soulevé les questions suivantes :

- i) Les demanderessees ont-elles établi leur droit de réclamation à l'égard du *Lanner*?
- ii) Quel droit devrait être appliqué pour déterminer la nature de leurs droits fondamentaux?

- (iii) what is the nature of their rights under such law?; iii) Quelle est la nature de leurs droits en vertu de ce droit?
- (iv) should the Court depart from the normal order of priorities because the plaintiffs took an inordinate amount of time to arrest the vessel and execute their security?; iv) La Cour devrait-elle déroger à l'ordre traditionnel des priorités parce que les demandereses ont pris un temps excessif à faire saisir le navire et à réaliser leur garantie?

ANALYSIS

(A) Validity of plaintiffs' claims

[20] As mentioned, the plaintiffs claim that they hold a first preferred mortgage on the ship *Lanner* which was registered on August 3, 2000 against the ship's title, maintained by the Bureau of Maritime Affairs of the Republic of Liberia. This fact is attested to at paragraph 13 of the affidavit of Mrs. Suvarnatemee.

[21] The claimants submit that the Prothonotary erred in accepting the validity of the plaintiffs' foreign mortgage without proof of its validity being put in evidence through experts' affidavits on Liberian law.

[22] They rely on a passage of the decision of Prothonotary John A. Hargrave in *Royal Bank of Scotland plc v. Golden Trinity (The)* (2004), 254 F.T.R. 1 (F.C.) where at paragraph 23, the Prothonotary refers to the expert evidence filed by the mortgagee evidencing that its mortgage was properly authorized, executed and delivered and constituted a legal, valid and binding obligation.

[23] The claimants have not cross-examined Mrs. Suvarnatemee on her affidavit and have produced no evidence that would put into question the validity of the loan agreement or of the registered mortgage. There is no evidence whatsoever that these documents are deficient in any way under the laws of Liberia or under the laws of Canada given that in the absence of evidence with respect to Liberian law, same is presumed to be identical to Canadian law.

[24] It is to be noted that the claimants did not themselves raise this issue at the hearing before the

L'ANALYSE

A) La validité des réclamations des demandereses

[20] Tel qu'il a été mentionné, les demandereses prétendent qu'elles détiennent une hypothèque de premier rang sur le navire *Lanner* qui a été enregistrée le 3 août 2000 contre le titre du navire, conservée par le Bureau of Maritime Affairs de la République du Libéria. Ce fait est certifié au paragraphe 13 de l'affidavit de M^{me} Suvarnatemee.

[21] Les réclamantes prétendent que le protonotaire a commis une erreur en acceptant la validité de l'hypothèque étrangère des demandereses sans que la preuve de sa validité ne soit déposée par le biais d'affidavits émanant d'experts en droit libérien.

[22] Elles invoquent un passage de la décision rendue par le protonotaire John A. Hargrave dans *Royal Bank of Scotland plc c. Golden Trinity (Le)*, 2004 CF 795 où, au paragraphe 23, le protonotaire renvoie à la preuve d'expert déposée par le créancier hypothécaire attestant que son hypothèque avait été valablement autorisée, signée et délivrée et qu'elle constituait une obligation légale, valide et contraignante.

[23] Les demandereses n'ont pas contre-interrogé M^{me} Suvarnatemee quant à son affidavit et n'ont produit aucun élément de preuve qui mettrait en doute la validité de l'entente de prêt ou de l'hypothèque enregistrée. Il n'existe pas la moindre preuve que ces documents sont incomplets d'une quelconque façon en vertu des lois du Libéria ou en vertu des lois du Canada, compte tenu qu'en l'absence de preuve quant au droit libérien, celui-ci est présumé semblable au droit canadien.

[24] Il convient de souligner que ce ne sont pas les réclamantes qui ont soulevé cette question à l'audience

Prothonotary. This argument was originally made by other claimants who have not appealed from the Prothonotary's decision.

[25] The Court agrees with the finding of the Prothonotary and particularly with his comment that it is unlikely that Prothonotary Hargrave intended to create a requirement with precedential value or to establish that the Court could not accept a mortgage registered outside of Canada as valid and effective without the production of expert evidence on the applicable foreign law.

[26] In a previous decision in *Governor and Company of the Bank of Scotland v. Nel (The)*, [2001] 1 F.C. 408 (T.D.), Prothonotary Hargrave certainly did not allude to such a requirement.

[27] Obviously, that is not to say that evidence of foreign law is never required. It all depends on the circumstances and the evidence put forward by the party contesting the validity of the documents filed by a mortgagee in support of its claim.

[28] The Court subscribes to Prothonotary Hargrave's comments in *Golden Trinity*, above, at paragraph 20 where he says:

In the determination of priorities by way of a motion a plaintiff seeking to establish a priority must lay out its case in advance. The plaintiff cannot necessarily forecast all of the approaches that the various other *in rem* claimants may take, or the attacks on the security or the position of the plaintiff that they might make.^[2] In the result, from time to time, there may be a deficiency in the record before the court. It would be unfortunate if in future, priorities will come to be established with the full panoply of trial, rather than in a summary and inexpensive manner on a motion. . . .

[29] That being said, the plaintiffs and the claimants do have to establish the essential elements of their claims.

[30] The Court carefully reviewed the affidavit of Mrs. Suvarnateme and her exhibits. She included a true

devant le protonotaire. Cet argument a été invoqué à l'origine par d'autres réclamants qui n'ont pas interjeté appel de la décision du protonotaire.

[25] La Cour souscrit aux conclusions du protonotaire, notamment à son commentaire qu'il est peu probable que le protonotaire Hargrave avait l'intention de créer une exigence ayant valeur de précédent ou d'établir que la Cour ne pouvait pas accepter qu'une hypothèque enregistrée à l'extérieur du Canada soit valide et exécutoire sans la production d'une preuve d'expert quant au droit étranger applicable.

[26] Dans une décision antérieure rendue dans *Governor and Company of the Bank of Scotland c. Nel (Le)*, [2001] 1 C.F. 408 (1^{re} inst.), le protonotaire Hargrave n'a certainement fait aucune allusion à cette exigence.

[27] Manifestement, cela ne veut pas dire qu'une preuve du droit étranger n'est jamais exigée. Tout dépend de la situation et des éléments de preuve présentés par la partie qui conteste la validité des documents déposés par un créancier hypothécaire à l'appui de sa réclamation.

[28] La Cour souscrit aux commentaires formulés par le protonotaire Hargrave dans la décision *Golden Trinity*, précitée, paragraphe 20, où il affirme ce qui suit :

Dans l'établissement, par voie de requête, de l'ordre de priorité, un demandeur qui veut établir sa priorité doit exposer préalablement ses arguments. Le demandeur ne pourra pas nécessairement prédire toutes les approches qu'adopteront les divers autres titulaires de droits réels, ou les arguments qu'ils feront valoir à l'encontre de la sûreté ou de la position du demandeur^[2]. Finalement, il se pourrait que le dossier soumis au tribunal comporte des lacunes. Il serait regrettable que l'ordre de priorité finisse par être établi à la faveur d'un procès en bonne et due forme plutôt que par voie de requête, d'une manière sommaire et peu coûteuse [. . .]

[29] Cela dit, les demandresses et les réclamantes doivent établir les éléments essentiels de leurs revendications.

[30] La Cour a examiné attentivement l'affidavit de M^{me} Suvarnateme ainsi que ses pièces à l'appui. Elle a

copy of the loan agreement which was executed by Mystras Maritime and is subject to English law. It is not disputed that at the relevant times Mystras was the registered owner of the *Lanner*. This document clearly provides for a mortgage.

[31] Pursuant to paragraph 3 of Schedule 2 of the loan agreement entitled “Conditions Precedent Documents”, Mystras had to produce evidence that the mortgage in respect of the *Lanner* had been duly recorded in New York in accordance with Liberian law and constituted a first priority security over these vessels.

[32] Mystras also had to provide a legal opinion confirming same (paragraph 6 of the said schedule). These preconditions were to be met prior to the disbursement of the loan or they had to be provided at the latest 14 days from the date of the loan agreement. There is no evidence that there was a default in that respect and, as a matter of fact, it can logically be inferred that the documents produced as exhibit PS3 of the affidavit of Mrs. Suvarnatemee were transmitted to the plaintiffs in performance of such an obligation.

[33] Moreover, as mentioned, where foreign law is relevant, it is a question of fact that needs to be established. As indicated in *Golden Trinity*, above, and in *Backman v. Canada*, [2000] 1 F.C. 555 (C.A.), at paragraphs 38-41; affd [2001] 1 S.C.R. 367, “[i]f foreign law is not pleaded and proved or insufficiently proved, it is assumed to be the same as the *lex fori*”.³

[34] A review of the documentation produced satisfies the Court that under Canadian law, the loan agreement and the registered mortgage are valid. Like the Prothonotary, I am satisfied that the plaintiffs have established the basis of their claim.

(B) Applicable law

[35] Since the decision of the Supreme Court of Canada in *Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248, it is clear that a

joint une copie authentique de l’entente de prêt qui a été exécutée par Mystras Maritime et qui est assujettie au droit anglais. Il n’est pas contesté que, à l’époque pertinente, Mystras était la propriétaire enregistrée du *Lanner*. Ce document prévoit clairement l’existence d’une hypothèque.

[31] En vertu du paragraphe 3 de l’annexe 2 de l’entente de prêt intitulée « Documents de conditions préalables », Mystras a dû produire une preuve que l’hypothèque concernant le *Lanner* avait été dûment enregistrée à New York en conformité avec le droit libérien et constituait une garantie de rang prioritaire sur les navires.

[32] Mystras a également dû fournir une opinion juridique confirmant ceci (paragraphe 6 de ladite annexe). Ces conditions préalables devaient être satisfaites avant le débours du prêt ou elles devaient être fournies au plus tard 14 jours après la date de l’entente de prêt. Rien ne prouve qu’il y a eu manquement à cet égard et, en fait, on peut logiquement conclure que les documents produits comme pièce PS3 de l’affidavit de M^{me} Suvarnatemee ont été transmis aux demandresses en exécution de cette obligation.

[33] En outre, comme il a été mentionné, lorsque le droit étranger est pertinent, c’est une question de fait qui doit être établie. Comme il a été mentionné dans *Golden Trinity*, susmentionnée, et dans *Backman c. Canada*, [2000] 1 C.F. 555 (C.A.), aux paragraphes 38 à 41, conf. par [2001] 1 R.C.S. 367, « [s]i le droit étranger n’est pas plaidé et établi ou s’il est établi d’une façon insuffisante, il est présumé être le même que celui du tribunal saisi »³.

[34] Un examen des documents produits convainc la Cour que, en vertu du droit canadien, l’entente de prêt et l’hypothèque enregistrée sont valides. À l’instar du protonotaire, je suis convaincu que les demandresses ont établi le fondement de leur réclamation.

B) Le droit applicable

[35] Depuis la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248, il est

maritime lien acquired under a foreign law will be recognized and may be enforced by the Federal Court. In coming to that conclusion, the Supreme Court of Canada recognized the substantive nature of maritime liens. But once the nature of the right has been assessed under its proper law, the priority to be given to that right will be assessed under Canadian law (*lex fori*).

[36] In ascertaining what proper law should be applied to determine whether a maritime lien exists, the Court must use Canadian rules of conflict of laws.

[37] Naturally, before doing this, the Court must ascertain that there are significant differences between Canadian and American law creating a conflict. There is no evidence that any other law might apply in this case.

[38] It is not disputed that the claimants are ship suppliers and that the supplies they provided are necessities. As mentioned, under Canadian law, such suppliers of necessities do not have the benefit of a maritime lien. They only have a statutory right *in rem*, sometimes referred to as a “statutory lien” (paragraph 25 of *Imperial Oil Ltd. v. Petromar Inc.*, [2002] 3 F.C. 190 (C.A.) and paragraph 22(2)(m) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 31] and subsection 43(3) [as am. *idem*, s. 40] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]), which ranks after a mortgage.

[39] It is common ground that under American law, an American supplier of necessities will benefit from a maritime lien even if the services were provided to the *Lanner* in a foreign port. The same will also apply if a foreign supplier uses an American agent to provide those services on his behalf. As was said, under the Canadian law of priority and ranking, such a lien would rank before the plaintiffs’ mortgage.⁴

clair qu’un privilège maritime acquis en vertu du droit étranger sera reconnu et pourra être exécuté par la Cour fédérale. En arrivant à cette conclusion, la Cour suprême du Canada a reconnu le caractère fondamental du privilège maritime. Mais, dès que la nature du droit a été évaluée en vertu du droit qui lui est applicable, la priorité qui doit être accordée à ce droit sera évaluée en vertu du droit canadien (*lex fori*).

[36] Pour déterminer quel droit devrait s’appliquer pour décider si un privilège maritime existe, la Cour doit se servir des règles canadiennes de droit international privé.

[37] Naturellement, avant de faire cela, la Cour doit vérifier s’il existe des différences importantes entre le droit canadien et le droit américain qui créent un conflit. Rien ne prouve qu’un autre droit pourrait s’appliquer en l’espèce.

[38] Il n’est pas contesté que les réclamantes sont des approvisionneuses de navires et que les approvisionnements qu’elles ont fournis sont essentiels. Comme il a été mentionné, en vertu du droit canadien, ces fournisseurs d’approvisionnements nécessaires ne jouissent pas d’un privilège maritime. Ils ne détiennent qu’un droit réel prévu par la loi, parfois appelé « privilège d’origine législative » (paragraphe 25 de *Imperial Oil Ltd. c. Petromar Inc.*, [2002] 3 C.F. 190 (C.A.), alinéa 22(2)m) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 31] et paragraphe 43(3) [mod., *idem*, art. 40] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)]), lequel prend rang après une hypothèque.

[39] Il est reconnu que, en vertu du droit américain, un fournisseur d’approvisionnements nécessaires américain jouira d’un privilège maritime même si c’est dans un port étranger que les services ont été fournis au *Lanner*. Le même principe s’applique si un fournisseur étranger se sert d’un agent américain pour fournir ces services en son nom. Comme il a été mentionné, en vertu du droit canadien de priorité de rang, un tel privilège prend rang avant l’hypothèque des demanderesse⁴.

[40] The Court is satisfied that a conflict of laws arises with respect to these claims.

[41] There is a dispute between the parties as to whether American law actually provides for a maritime lien for necessities supplied directly by a foreign supplier to a foreign ship in a foreign port. The Court is not satisfied that the claimants have met their burden of establishing on a balance of probability that American law does grant a maritime lien for such services, even if it was the proper law to be applied. This issue will be discussed later.

[42] Finally, at the hearing, Kent Trade and Marine Fuels advised the Court that they now recognize that under American law, they would have no maritime lien on the *Lanner* for necessities provided to a sister ship of that vessel.⁵

[43] There is therefore no issue of conflict of laws arising with respect to those specific claims.

[44] That said, the claimants and the plaintiffs disagree as to what Canadian rule of conflict of laws the Court should apply to determine the law applicable to these claims.

[45] The Prothonotary found that he should adopt the approach taken by the Federal Court of Appeal in *Imperial Oil*, above, where Justice Arthur J. Stone applied the law that had the closest and most substantial connection with the supply of necessities.

[46] The Prothonotary chose this approach because there was no direct contractual relationship between the plaintiffs and the claimants and he felt bound to apply *Imperial Oil*, above. The Prothonotary did not accept the claimants' argument that *Imperial Oil*, above, should be distinguished on the ground that, in that case, the contracts were twice removed from the plaintiff shipowner⁶ whereas, here, the contract was made

[40] La Cour est convaincue que les présentes réclamations donnent lieu à un conflit de lois.

[41] Les parties ne s'entendent pas quant à savoir si le droit américain prévoit vraiment un privilège maritime quant aux approvisionnements nécessaires livrés directement par un fournisseur étranger à l'égard d'un navire étranger dans un port étranger. La Cour n'est pas convaincue que les réclamantes ont établi selon la prépondérance des probabilités que le droit américain prévoit un privilège maritime pour de tels services, même si c'est le droit qu'il convient d'appliquer. Cette question sera discutée plus loin.

[42] Enfin, à l'audience, Kent Trade and Marine Fuels ont informé la Cour qu'elles reconnaissent maintenant que, en vertu du droit américain, elles n'avaient aucun privilège maritime sur le *Lanner* quant aux approvisionnements nécessaires fournis à l'égard d'un navire jumeau de ce navire⁵.

[43] Par conséquent, ces réclamations particulières ne donnent lieu à aucun conflit de lois.

[44] Ceci étant dit, les réclamantes et les demanderessees ne s'entendent pas quant à savoir quelle règle du droit international privé canadien devrait s'appliquer pour déterminer le droit applicable à ces réclamations.

[45] Le protonotaire a conclu qu'il devrait adopter l'approche suivie par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Imperial Oil*, précité, dans lequel le juge Arthur J. Stone a appliqué le droit qui avait le lien le plus étroit et le plus important avec la fourniture d'approvisionnement nécessaires.

[46] Le protonotaire a choisi cette approche parce qu'il n'existait aucune relation contractuelle directe entre les demanderessees et les réclamantes et il s'est senti obligé d'appliquer l'arrêt *Imperial Oil*, précité. Le protonotaire n'a pas accepté l'argument des réclamantes que l'arrêt *Imperial Oil*, précité, devrait être distingué au motif que, dans cette cause, les contrats étaient éloignés à double niveau du propriétaire du navire demandeur⁶

directly between the claimants and the then-owner of the *Lanner*.

[47] In coming to this conclusion as to the appropriate rule of conflict, the Prothonotary found that in *Imperial Oil*, above, the Federal Court of Appeal was looking at a contractual situation and had decided to apply the rule of the closest and most substantial connection, which had also been adopted by the U.S. Supreme Court in *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953) and had been described as a suitable guide in the application of maritime law generally by the U.S. Supreme Court in *Romero v. International Terminal Operating Co.*, 358 U.S. 354 (1959).

[48] Applying this approach, he found that no connecting factor other than Ashland's residence in the U.S. linked the procurements by the claimants to the United States. He added at paragraph 61 that even considering Ashland's residence and the choice of law clauses in each of the contracts referred to by the claimants, the United States cannot be taken to be the jurisdiction with the closest and most substantial connection. In *Imperial Oil*, above, Justice Stone had indicated that the choice of law in the supply contract was not necessarily the most determining factor.

[49] The Prothonotary concluded that the claimants were not maritime lien holders against the balance of the proceeds of the judicial sale of the *Lanner*.

[50] The difficulty here lies in the fact that there are two ways of looking at this problem. Are we looking strictly at a matter of contract or is it a question of general maritime law where the "transaction" is the set of facts which, according to the proper law, will give rise to a maritime lien?

[51] The approach taken by the Prothonotary appears to be the right one when one considers the nature of maritime liens.

alors que, en l'espèce, le contrat a été conclu directement entre les réclamantes et le propriétaire de l'époque du *Lanner*.

[47] En arrivant à cette conclusion quant à la règle de conflit appropriée, le protonotaire a conclu que, dans l'arrêt *Imperial Oil*, précité, la Cour d'appel fédérale examinait une situation contractuelle et avait décidé d'appliquer la règle du lien le plus étroit et le plus important, règle qui avait également été adoptée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953) et qui avait été décrite par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Romero v. International Terminal Operating Co.*, 358 U.S. 354 (1959) comme étant, dans l'ensemble, un guide approprié dans l'application du droit maritime.

[48] Appliquant cette approche, il a conclu qu'aucun facteur de rattachement autre que la résidence de Ashland aux États-Unis ne liait les approvisionnements effectués par les réclamantes aux États-Unis. Il a ajouté, au paragraphe 61, que même en tenant compte de la résidence d'Ashland et du choix des clauses juridiques dans chacun des contrats mentionnés par les réclamantes, les États-Unis ne peuvent être considérés comme étant la juridiction ayant le lien le plus étroit et le plus important. Dans l'arrêt *Imperial Oil*, précité, le juge Stone a mentionné que le choix du droit applicable au contrat d'approvisionnement n'était pas nécessairement le facteur le plus déterminant.

[49] Le protonotaire a conclu que les réclamantes n'étaient titulaires d'aucun privilège maritime à l'égard du produit de la vente judiciaire du *Lanner*.

[50] La difficulté en l'espèce réside dans le fait qu'il y a deux façons d'examiner le problème. Examinons-nous uniquement une affaire de contrat ou une question de droit maritime général où la « transaction » est l'ensemble de faits qui, selon le droit applicable, donnera naissance à un privilège maritime?

[51] L'approche adoptée par le protonotaire semble être la bonne lorsqu'on examine la nature du privilège maritime.

[52] As mentioned by Justice Stone in *Imperial Oil*, above, at paragraph 23, “a maritime lien constitutes a bundle of rights rather than a single right”.

[53] In *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed., Montréal, International Shipping Publication, 1998, at pages 59 and 60, Professor W. Tetley defines maritime liens as follows:

A traditional maritime lien is a secured right peculiar to maritime law (the *lex maritima*). It is a privilege against property (a ship) which attaches and gains priority without any Court action or any deed or any registration. It passes with the ship when the ship is sold to another owner, who may not know of the existence of the lien. In this sense the maritime lien is a secret lien which has no equivalent in the common law; rather, it fulfills the concept of a “privilege” under the civil law and the *lex mercatoria*.

[54] In *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. v. Expedient Maritime Co.* (1999), 170 F.T.R. 1 (F.C.T.D.), Prothonotary Hargrave defines United States maritime liens as follows [at paragraph 90]:

My understanding of an American maritime lien is that it is a privilege in the form of a substantive right in property, a right against a given ship, travelling with the ship, unconditionally, until discharged and which is the foundation of an American *in rem* proceeding. Under the American theory of maritime liens the lien is separate and apart from the action in personam. . . . It is this substantive right, a right against a given ship, which the American maritime lien holder brings into Canada to enforce, procedurally under Canadian law, against the particular ship with which the lien is travelling. The lien is not a substantive right against or attached to any other ship.

[55] At paragraphs 26 and 27 of his decision in *Imperial Oil*, above, Justice Stone specifies that:

A maritime lien for claims of this nature arises by operation of law rather than from the fact that they may originate either in tort or in contract.

[52] Comme le juge Stone l’a mentionné dans l’arrêt *Imperial Oil*, précité, au paragraphe 23 : « un privilège maritime constitue non pas un seul droit, mais plutôt un ensemble de droits ».

[53] Dans *Maritime Liens and Claims*, 2^e éd., Montréal, International Shipping Publication, 1998, aux pages 59 et 60, le professeur W. Tetley définit le privilège maritime de la façon suivante :

[TRADUCTION]

Le privilège maritime a été défini comme étant un droit garanti propre au droit maritime. Il s’agit d’un privilège qui grève un navire, qui y est rattaché et qui a priorité sans qu’une mesure judiciaire, la constitution d’un acte ou un enregistrement ne soient nécessaires. Ce privilège est transféré avec le navire lorsque celui-ci est vendu à un autre propriétaire, qui ne connaît peut-être pas l’existence du privilège. En ce sens, le privilège maritime est un privilège secret qui n’a pas d’équivalent en common law; il correspond davantage à la notion de « priorité » du droit civil et de la *lex mercatoria*.

[54] Dans *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. c. Expedient Maritime Co.*, [1999] A.C.F. n° 947 (1^{re} inst.) (QL), le protonotaire Hargrave définit les privilèges maritimes américains de la manière suivante [au paragraphe 90] :

Si je comprends bien, les privilèges maritimes américains sont un droit fondamental de propriété, un droit opposable à un navire donné, qui est rattaché au navire d’une façon inconditionnelle, et ce, tant qu’il n’est pas éteint; tel est le fondement de l’action réelle aux États-Unis. Selon la théorie américaine relative aux privilèges maritimes, le privilège est distinct de l’action personnelle [. . .] C’est ce droit fondamental, un droit opposable à un navire donné, que le titulaire américain d’un privilège maritime fait valoir au Canada, en se fondant sur la procédure prévue par la législation canadienne, contre le navire auquel ce privilège se rattache. Le privilège n’est pas un droit fondamental opposable à un autre navire ou se rattachant à un autre navire.

[55] Aux paragraphes 26 et 27 de la décision qu’il a rendue dans *Imperial Oil*, précité, le juge Stone précise ce qui suit :

Le privilège maritime relatif aux demandes de cette nature découle de l’effet de la loi plutôt que d’un délit ou d’un contrat.

The courts of the United States have recognized that the lien arises by operation of law.

[56] Strictly speaking, the ship is not a party to the contract for the supply of necessaries. Nevertheless, the law will create a substantive right against her in certain circumstances. For example, under American law, certain persons are presumed to have authority to procure such necessaries to the ship and a lien will arise when the necessaries are ordered by an owner from an American supplier or when an agent appointed by a charterer contracts for such supply with an American company.⁷

[57] In such a context, it is difficult to see why one should apply a rule of conflict which gives a determinative effect to the choice of law clause found in a contract between a shipowner acting through a managing agent, and a supplier when one does not give such a determinative effect to the choice of law clause in a contract between a demise charterer acting through its managing agent, and a supplier.

[58] In fact, the United States Court of Appeals in *Rainbow Line, Inc. v. M/V Tequila*, 480 F.2d 1024 (2nd Cir. 1973), found that even though the lien holder (in that case a charterer) had a direct contract with the owner of the *Tequila* in respect of the damages resulting from a breach of the charter party, it should not apply American law simply because it was the law applicable to the charter party. In that respect, the Court said [at page 1026]:

Rainbow argues that the court below was correct in applying United States law because it was so intended by the parties to the charter. But maritime liens arise separately and independently from the agreement of the parties, and rights of third persons cannot be affected by the intent of the parties to the contract. . . .

[59] Even if it were clear that the parties intended to apply U.S. law to their contract,⁸ the United States Court

Les tribunaux des États-Unis ont reconnu que le privilège découle de l'effet de la loi.

[56] À vrai dire, le navire n'est pas partie au contrat de fourniture d'approvisionnements nécessaires. Néanmoins, le droit créera un droit fondamental à son égard dans certaines circonstances. Par exemple, en vertu du droit américain, certaines personnes sont présumées avoir le pouvoir de se procurer les approvisionnements nécessaires à l'égard d'un navire et un privilège naîtra lorsque les approvisionnements nécessaires seront commandés par un propriétaire à un fournisseur américain ou lorsqu'un agent nommé par un affréteur conclura un contrat quant à ces approvisionnements avec une société américaine⁷.

[57] Dans ce contexte, il est difficile de voir pourquoi on devrait appliquer une règle de conflit qui donne un effet déterminant au choix du droit applicable figurant dans un contrat entre un propriétaire de navire agissant par l'intermédiaire d'un directeur non fondé de pouvoir, et un fournisseur, lorsqu'on ne donne pas un effet déterminant au choix du droit applicable dans un contrat entre un affréteur à coque nue agissant par l'intermédiaire de son directeur non fondé de pouvoir et un fournisseur.

[58] En fait, la Cour d'appel des États-Unis dans *Rainbow Line, Inc. v. M/V Tequila*, 480 F.2d 1024 (2nd Cir. 1973) a conclu que même si le titulaire du privilège (dans cette cause il s'agissait d'un affréteur) avait un contrat direct avec le propriétaire du *Tequila* quant aux dommages résultant d'un manquement à la charte-partie, elle ne devrait pas appliquer le droit américain simplement parce que c'était le droit applicable à la charte-partie. À cet égard, la Cour a affirmé ce qui suit [à la page 1026] :

[TRADUCTION] Rainbow prétend que la cour d'instance inférieure a eu raison d'appliquer le droit américain parce que c'était ce que voulaient les parties à l'affrètement. Mais les privilèges maritimes naissent séparément et indépendamment de l'accord intervenu entre les parties et les droits des tierces parties ne peuvent être touchés par l'intention des parties au contrat [. . .]

[59] Même s'il était clair que les parties voulaient que le droit américain s'applique à leur contrat⁸, la Cour

of Appeals proceeded to examine the factors described in *Lauritzen* by the Supreme Court of the United States for ascertaining which law had the closest connection to the transaction. This is exactly what was done by the Federal Court of Appeal in *Imperial Oil*, above. This was the approach taken by the Prothonotary.

[60] But the claimants argue that, all along, Justice Stone meant to apply the rule of conflict of laws applicable to contracts (paragraphs 28 and 29 of the decision). In doing so, he recognized the validity of the rule of conflict set out in the decision of the Federal Court of Appeal in *Ontario Bus Industries Inc. v. Federal Calumet (The)* (1992), 150 N.R. 149 (F.C.A.) and applied by Justice Dubé in *Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheva (The)*, [2001] 3 F.C. 41 (T.D.), at paragraph 34. Such rule is described as follows in *Richardson*, above, at paragraph 34:

1. Where the parties expressly or by implication choose the system of law that is to govern the contract, that will normally be held to be the proper law of the contract.
2. Where the parties have not chosen the proper law, the court determines, in light of all the circumstances, the system of law with which the contract has the closest and most real connection.

[61] In *Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheva (The)*, [2002] 4 F.C. 80 (C.A.), at paragraphs 27 and 28, the Federal Court of Appeal referred to its then recent decision in *Imperial Oil*, above, and found that that case confirmed the applicability of the usual rules for determining the proper law of a contract.

[62] In *Richardson*, above, the Court of Appeal confirmed Justice Dubé's finding that the contract under which the necessities were provided contained an express choice of law and found that, in any event, if he was wrong on this point, the parties should be taken to have implicitly chosen to apply American law to their contract when they agreed to arbitrate their dispute in Seattle, Washington, U.S.A.

d'appel des États-Unis a examiné les facteurs décrits dans *Lauritzen* par la Cour suprême des États-Unis pour déterminer quel droit avait les liens les plus étroits avec la transaction. C'est exactement ce qu'a fait la Cour d'appel fédérale dans *Imperial Oil*, précité. C'est l'approche adoptée par le protonotaire.

[60] Mais les réclamantes prétendent que, depuis le début, le juge Stone voulait appliquer la règle concernant les conflits de lois applicables aux contrats (paragraphes 28 et 29 de la décision). Ce faisant, il a reconnu la validité de la règle de conflit mentionnée dans la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Ontario Bus Industries Inc. c. Federal Calumet (Le)*, [1992] A.C.F. n° 1085 (C.A.) (QL) et appliquée par le juge Dubé dans *Richardson International, Ltd. c. Mys Chikhacheva (Le)*, [2001] 3 C.F. 41 (1^{re} inst.), au paragraphe 34. Cette règle est décrite de la façon suivante dans *Richardson*, précité, au paragraphe 34 :

1. Si les parties choisissent expressément ou implicitement le système de droit qui doit régir le contrat, le droit existant selon ce système sera normalement considéré comme étant celui qui s'applique au contrat.
2. Si les parties n'ont pas choisi le droit applicable, la cour détermine, eu égard aux circonstances dans leur ensemble, le système de droit dont le contrat se rapproche réellement le plus.

[61] Dans *Richardson International, Ltd. c. Mys Chikhacheva (Le)*, [2002] 4 C.F. 80 (C.A.), aux paragraphes 27 et 28, la Cour d'appel fédérale a renvoyé à la décision qu'elle venait de rendre dans *Imperial Oil*, précité, et a conclu que l'arrêt confirmait l'applicabilité des règles habituelles servant à déterminer le droit applicable au contrat.

[62] Dans *Richardson*, précité, la Cour d'appel a confirmé la conclusion du juge Dubé que le contrat en vertu duquel les approvisionnements nécessaires ont été fournis comprenait un choix exprès du droit applicable et a conclu que, quoi qu'il en soit, s'il avait tort sur ce point, on devait tenir pour acquis que les parties avaient choisi implicitement d'appliquer le droit américain à leur contrat lorsqu'elles ont convenu de soumettre leur différend à l'arbitrage à Seattle (Washington), États-Unis.

[63] In *Richardson*, above, it is clear that the American supplier never contracted with the owner of the *Mys Chikhacheva*. Its contract was with the demise charterer like in *Imperial Oil*, above.

[64] At first glance, these decisions appear contradictory for Justice Stone expressly found that the choice of law in the supply contract with the demise charterer was only one factor among many to consider. He stated that the Court should still go on to examine all the factors to determine the law that has the closest and most substantial connection to the transaction.

[65] Although the Court is not bound by American precedents, it can, as mentioned by Justice Stone, still be useful to review them and look at the reasoning adopted to determine the rule of conflict applicable to maritime liens.

[66] There is no decision of the U.S. Supreme Court directly on this point. As mentioned in *Rainbow*, above, the U.S. Court of Appeals (Second Circuit) found that the approach set out by the U.S. Supreme Court in *Lauritzen*, above, should apply even when the contract from which the lien arises contains a choice of law.

[67] The claimants relied heavily on the decision of the U.S. Court of Appeals in *Liverpool and London S.S. Prot. & Indem. Ass'n v. Queen of Leman MV*, 296 F.3d 350 (5th Cir. 2002). This decision deals with two consolidated appeals involving the interpretation of a choice of law provision in an insurance contract (P&I [protection and indemnity] cover). The essential question in both cases was how to construe the choice of law clause and whether English or American law was chosen to determine the existence of a maritime lien for unpaid insurance premiums.⁹

[63] Dans *Richardson*, précité, il est clair que le fournisseur américain n'a jamais conclu de contrat avec le propriétaire du *Mys Chikhacheva*. Son contrat avait été conclu avec l'affrètement en coque nue comme dans *Imperial Oil*, précité.

[64] À première vue, ces décisions semblent se contredire car le juge Stone a expressément conclu que le choix du droit applicable dans le contrat d'approvisionnement conclu avec l'affrètement en coque nue n'était qu'un facteur parmi tant d'autres dont il fallait tenir compte. Il a déclaré que la Cour devrait continuer à examiner l'ensemble des facteurs pour déterminer quel droit a le lien le plus étroit et le plus important avec la transaction.

[65] Bien que la Cour ne soit pas liée par la jurisprudence américaine, comme l'a mentionné le juge Stone, il peut toujours être utile de la consulter et d'examiner le raisonnement qui a été adopté pour déterminer la règle de conflit applicable au privilège maritime.

[66] La Cour suprême des États-Unis n'a rendu aucune décision précise sur ce point. Comme il a été mentionné dans *Rainbow*, précité, la Cour d'appel des États-Unis (Deuxième Circuit) a conclu que l'approche décrite par la Cour suprême des États-Unis dans *Lauritzen*, précité, devrait s'appliquer même lorsque le contrat qui a donné naissance au privilège comprend une disposition portant sur le choix du droit applicable.

[67] Les réclamantes se sont largement inspirées de la décision rendue par la Cour d'appel des États-Unis dans *Liverpool and London S.S. Prot. & Indem. Ass'n v. Queen of Leman MV*, 296 F.3d 350 (5th Cir. 2002). Cette décision porte sur deux appels réunis comportant l'interprétation d'une clause concernant la désignation du droit applicable dans un contrat d'assurance (couverture de protection et d'indemnités). La question essentielle dans les deux causes était de savoir comment interpréter la clause concernant la désignation du droit applicable et de savoir si le droit anglais ou américain avait été choisi pour déterminer l'existence d'un privilège maritime quant aux primes d'assurance impayées⁹.

[68] In the *Queen of Leman*, the U.S. Court of Appeals did not specifically refer to the decision in *Rainbow*. The party contesting the application of the express choice of law was relying on *Gulf Trading & Transp. Co. v. Vessel Hoegh Shield*, 658 F.2d 363 (5th Cir. 1981).¹⁰ The Court said the following in respect of this decision [at page 355]:

Interforce relies primarily, but unpersuasively, on *Gulf Trading & Transp. Co. v. Vessel Hoegh Shield*, 658 F.2d 363 (5th Cir. 1981). It characterizes *Gulf Trading* as holding that because a maritime lien arises by operation of law, not by contract, the P&I choice of law provisions do not bind those who are not parties to the contract. *Gulf Trading*, however, does not control the outcome here. In that case, the court applied a conflict of laws analysis to the issue of a maritime lien. *Id.* at 367-68. In doing so, it declined to use the conflicts analysis appropriate to contracts, see Restatement (Second) Conflicts of Law § 188, noting that the maritime lien was not contractual in nature. *Id.* at 366-68. Importantly, however, it noted that the contract at issue there did not have a choice of law provision governing the existence of a maritime lien. *Id.* at 368. In light of this distinction with the present case, we decline to read *Gulf Trading* as invalidating the parties' decision in the P&I rules to apply local law to the issue of the existence of a maritime lien. See also *Arochem Corp. v. Wilomi, Inc.*, 962 F.2d 496, 498-99 (5th Cir. 1992) (applying conflicts analysis in absence of any indication that contract dictated choice of law for existence of maritime lien).

[69] It is evident that the U.S. Court of Appeals in *Queen of Leman*, could not so easily have distinguished the decision in *Rainbow*.

[70] By simply applying the choice of law made by the two parties to the contract, one is in fact permitting such parties to do indirectly what they could not do directly, that is create a maritime lien that will be opposable to third parties and may well outrank them.

[71] Courts respect and enforce the choice of a law provisions because the parties must not be allowed to

[68] Dans l'arrêt *Queen of Leman*, la Cour d'appel des États-Unis n'a pas mentionné précisément la décision rendue dans *Rainbow*. La partie qui contestait l'application du choix exprès quant au droit applicable invoquait *Gulf Trading & Transp. Co. v. Vessel Hoegh Shield*, 658 F.2d 363 (5th Cir. 1981)¹⁰. La Cour a affirmé ce qui suit en rapport avec cette décision [à la page 355] :

[TRADUCTION] Interforce invoque surtout, de façon peu convaincante, *Gulf Trading & Transp. Co. v. Vessel Hoegh Shield*, 658 F.2d 363 (5th Cir. 1981). Elle décrit *Gulf Trading* comme jugeant que parce qu'un privilège maritime naît en application de la loi, non pas de l'application d'un contrat, les clauses concernant la désignation du droit applicable à la protection et aux indemnités ne lient pas ceux qui ne sont pas parties au contrat. *Gulf Trading*, toutefois, ne contrôle pas l'issue en l'espèce. Dans cette cause, la cour a appliqué une analyse du conflit des lois à la question d'un privilège maritime. *Id.* p. 367 et 368. Ce faisant, elle a refusé d'utiliser l'analyse des conflits appropriée aux contrats, voir Restatement (Second) Conflicts of Law § 188, soulignant que le privilège maritime n'est pas de nature contractuelle. *Id.* p. 366 et 368. Toutefois, plus important encore, elle a souligné que le contrat en litige dans cette cause ne comprenait pas de clause concernant la désignation du droit applicable régissant l'existence d'un privilège maritime. *Id.* p. 368. Compte tenu de cette distinction d'avec la présente cause, nous refusons d'interpréter *Gulf Trading* comme invalidant la décision des parties dans les règlements de la protection et des indemnités d'appliquer le droit local à la question de l'existence d'un privilège maritime. Voir également *Arochem Corp. v. Wilomi, Inc.*, 962 F.2d 496, 498-99 (5th Cir. 1992) (appliquant l'analyse des conflits en l'absence d'indication que le contrat désignait le droit applicable quant à l'existence d'un privilège maritime).

[69] Il est évident que la Cour d'appel des États-Unis dans *Queen of Leman*, n'aurait pas pu distinguer aussi facilement la décision rendue dans *Rainbow*.

[70] En appliquant tout simplement le choix du droit applicable fait par les deux parties au contrat, on se trouve en fait à permettre à ces parties de faire indirectement ce qu'elles ne peuvent pas faire directement, c'est-à-dire créer un privilège maritime qui sera opposable aux tiers et qui pourra même les supplanter dans leur rang.

[71] Les cours de justice respectent et appliquent les dispositions concernant la désignation du droit

renew on their bargain. It is difficult to understand how this justification applies when one deals with a substantive right granted against a fictive person, i.e. a ship which is not a party to the contract, and which will affect third parties that have nothing to do with this contract.

[72] Based on the foregoing, the Court would have adopted the approach taken by Prothonotary Morneau. But, the Court is bound by *Richardson*, and the general view taken by the Federal Court of Appeal that the rule of conflict applicable to determine the proper law of a maritime lien is the rule of conflict applicable to determine the proper law of the contract.

[73] Although the claimants have argued their case on the basis that they have a contract directly with the shipowner through its managing agent, the evidence they filed in support of that contention is not clear. In fact, none of the affiants actually aver that they have contracted with the shipowner. It appears from some of the documentation attached to the affidavits that the supplies were ordered by Arrow Ltd. and that in certain cases receipts were signed by the master of the vessel.

[74] The contract between Arrow Ltd. and the ship owner is not before the Court.¹¹ There is no evidence as to whether or not the *Lanner* was under charter at any of the relevant times when those supplies were delivered to the vessel. The various invoices filed in support of the claims are vaguely addressed to a number of parties:

Kent Trade: Master and Owners and/or Charterers and/or Operators and/or Managers and/or Disponent Owners of M/V *Hobby* and Arrow Co. Ltd.;

Marine Fuels: M/V *Lanner* and/or Owners / Managing Owners / Operators / Managers / Disponent Owners / Charterers and Arrow Co. Ltd.;

applicable parce que les parties ne doivent pas avoir le droit de renier le marché qu'elles ont conclu. Il est difficile de comprendre comment cette justification s'applique lorsque l'on a affaire à un droit formel accordé contre une personne fictive, c'est-à-dire un navire qui n'est pas partie au contrat, et qui touchera les tiers qui n'ont rien à voir avec ce contrat.

[72] À la lumière de ce qui précède, la Cour aurait adopté l'approche adoptée par le protonotaire Morneau. Mais, la Cour est liée par *Richardson*, et par l'opinion générale adoptée par la Cour d'appel fédérale que la règle de conflit applicable pour déterminer le droit applicable à un privilège maritime est la règle de conflit applicable pour déterminer le droit applicable au contrat.

[73] Bien que les réclamantes aient plaidé leur cause en faisant valoir qu'elles ont conclu un contrat directement avec le propriétaire du navire par l'intermédiaire de son directeur non fondé de pouvoir, la preuve qu'elles ont déposée à l'appui de cet argument n'est pas claire. En fait, aucun des souscripteurs d'affidavit n'affirme vraiment qu'il a conclu un contrat avec le propriétaire du navire. Il ressort de certains des documents joints aux affidavits que les approvisionnements ont été commandés par Arrow Ltd. et que dans certains cas des reçus ont été signés par le maître du navire.

[74] Le contrat conclu entre Arrow Ltd. et le propriétaire du navire n'a pas été soumis à la Cour¹¹. Rien ne permet de savoir si le *Lanner* faisait l'objet d'une charte-partie aux moments où ces approvisionnements ont été livrés au navire. Les diverses factures déposées à l'appui des réclamations ont été vaguement adressées à un certain nombre de parties :

Kent Trade : Capitaine et propriétaires et (ou) Affréteurs et (ou) Exploitants et (ou) Gestionnaires et (ou) Armateur-disposant du M/V *Hobby* et Arrow Co. Ltd.;

Marine Fuels : M/V *Lanner* et (ou) Propriétaires / armateurs titulaires / Exploitants / Gestionnaires / Armateur-disposant / Affréteurs et Arrow Co. Ltd.;

Praxis: M/V *Lanner* and/or Master and/or Owners and/or Managers and/or Operators and/or Aran Shipping & Trading S.A. and/or Pegasus Ocean Services Ltd. and/or Arrow Co. Ltd.;

Ashland and CP3500: Arrow Co. Ltd.

[75] Like Justice Stone in *Imperial Oil*, I find that this evidence is insufficient to establish that the shipowner was personally liable under the contract. But this point is only material to the determination of the applicable rule of conflict of law. It points toward the application of the approach taken in *Imperial Oil*; it does not affect the substantive right created under American law.

[76] In effect, like Mr. de Klerk, the expert on American law produced by the claimants, I find no reason to believe that in these particular cases the necessities were not ordered by a person presumed to have authority to procure such necessities and thus to create a right against the vessel.

[77] Having considered the two expert affidavits, the Court finds that Ashland, the American supplier, has a lien under American law and that in respect of this transaction, American law is the proper law to be applied whether one looks only at the express choice of law or one weights all the factors considered in *Imperial Oil* and in *Richardson*, which includes the residence of the supplier and the choice of law in the contract with such supplier.

[78] The same conclusion applies to the supply of fuel by Praxis at Charleston in the United States. Here again, the Court is prepared to accept that American law would apply either because of the express choice of law or as the law having the closest connection with the transaction because of the relative weight I give to the fact that the supplies were provided in the United States under a contract which expressly provides for the

Praxis : M/V *Lanner* et (ou) Capitaine et (ou) Propriétaires et (ou) Gestionnaires et (ou) Exploitants et (ou) Aran Shipping & Trading S.A. et (ou) Pegasus Ocean Services Ltd. et (ou) Arrow Co. Ltd.;

Ashland et CP3500 : Arrow Co. Ltd.

[75] À l'instar du juge Stone dans *Imperial Oil*, je conclus que ces éléments de preuve ne suffisent pas à établir que la responsabilité personnelle du propriétaire du navire était engagée en vertu du contrat. Mais ce point n'est important que pour la question de savoir quelle est la règle de conflit de loi qui est applicable. Il fait pencher la balance du côté de l'application de l'approche adoptée dans l'arrêt *Imperial Oil*; il n'a aucune incidence sur le droit formel créé en vertu du droit américain.

[76] En effet, à l'instar de M. de Klerk, l'expert en droit américain produit par les réclamantes, je ne vois aucune raison de croire que dans ces cas particuliers les approvisionnements nécessaires n'ont pas été commandés par une personne présumée avoir le pouvoir de se procurer ces approvisionnements nécessaires et par conséquent de créer un droit sur le navire.

[77] Après examen des deux affidavits d'expert, la Cour conclut que Ashland, le fournisseur américain, est titulaire d'un privilège en vertu du droit américain et que, en ce qui concerne cette transaction, le droit américain est le droit qu'il convient d'appliquer que l'on ne tienne compte que du choix exprès quant au droit applicable ou que l'on apprécie tous les facteurs examinés dans les arrêts *Imperial Oil* et *Richardson*, lesquels comprennent la résidence du fournisseur et le choix du droit applicable dans le contrat conclu avec le fournisseur.

[78] La même conclusion s'applique à la fourniture de carburant par Praxis à Charleston (États-Unis). Ici encore, la Cour est prête à accepter que le droit américain s'applique, soit en raison du choix exprès du droit applicable, soit parce qu'il s'agit du droit le plus étroitement lié à la transaction en raison de l'importance relative que j'accorde au fait que les approvisionnements nécessaires ont été fournis aux États-Unis en vertu

application of that law.

[79] In respect of those two claims, the Court cannot agree with the analysis of the Prothonotary as to the law applicable to the determination of the maritime lien.

[80] With respect to *Kent Trade* (supply to the *Lanner* only), CP3500 and *Praxis* (supplies outside of the U.S.), the Court agrees with the analysis of the Prothonotary that American law is not the law that has the closest and most substantial connection with the transaction.

[81] Furthermore, in respect of those claims as mentioned earlier, even if the Court was to apply American law simply because of the express choice of law in those contracts,¹² the Court finds that those claimants have failed to establish by preponderance of evidence that their claims give rise to a maritime lien under such law.

[82] In coming to that conclusion, the Court has very carefully examined the affidavit of both experts and gives more weight to the evidence of Mr. Juska that American law does not provide for a lien with respect to necessities provided by a foreign supplier to a foreign ship in a foreign port.

[83] The affidavit of Mr. de Klerk is more general and vague when it touches on issues where the claimants' rights appear to be weaker. For example, it is evident from a review of the affidavit filed in support of *Kent Trade's* claim that such claim includes the supplies provided to the *Hobby*.

[84] In his affidavit, Mr. de Klerk deals generally with the claims of *Ashland*, *Praxis*, *Kent Trade* and CP3500. Even though the invoices relating to the services provided to the *Hobby* are included as part of the claim of *Kent Trade*, he does not expressly state that he excludes those services from the ambit of his opinion. The only way one is alerted to the fact that these

d'un contrat qui prévoit expressément que c'est le droit américain qui s'applique.

[79] Quant à ces deux réclamations, la Cour ne peut pas souscrire à l'analyse du protonotaire quant au droit qu'il convient d'appliquer en rapport avec la détermination du privilège maritime.

[80] En ce qui concerne *Kent Trade* (elle n'a approvisionné que le *Lanner*), CP3500 et *Praxis* (elle a fourni des approvisionnements à l'extérieur des États-Unis), la Cour souscrit à l'analyse du protonotaire que le droit américain n'est pas le droit qui a le lien le plus étroit et le plus important avec la transaction.

[81] De plus, comme il a déjà été mentionné en rapport avec ces réclamations, même si la Cour devait appliquer le droit américain simplement en raison du choix exprès du droit applicable formulé dans ces contrats¹², la Cour estime que les réclamantes n'ont pas réussi à établir par prépondérance de la preuve que leurs réclamations donnent naissance à un privilège maritime en vertu de ce droit.

[82] Pour en arriver à cette conclusion, la Cour a examiné très attentivement l'affidavit des deux experts et accorde plus d'importance au témoignage de M. Juska selon lequel le droit américain ne prévoit aucun privilège en rapport avec les approvisionnements nécessaires livrés par un fournisseur étranger à un navire étranger dans un port étranger.

[83] L'affidavit de M. de Klerk est plus général et plus vague lorsqu'il a trait à des questions où le droit des réclamantes semble plus faible. Par exemple, il ressort clairement de l'examen de l'affidavit déposé à l'appui de la réclamation de *Kent Trade* que cette réclamation comprend les approvisionnements fournis au *Hobby*.

[84] Dans son affidavit, M. de Klerk traite d'une manière générale des réclamations de *Ashland*, *Praxis*, *Kent Trade* et CP3500. Même si les factures ayant trait aux services fournis au *Hobby* font partie de la réclamation de *Kent Trade*, M. de Klerk ne mentionne pas expressément qu'il exclut les services de la portée de son opinion. Le seul avertissement du fait que ces

services may be excluded is that in the last sentence of paragraph 5, Mr. de Klerk states:

In my opinion, these four claimants have a maritime lien pursuant to the laws of the United States against the M/V LANNER for necessities provided to the vessel. [My emphasis.]

[85] In the same manner, the affidavit is not specific when it states at paragraph 15 that: “even if the necessities are not actually delivered in the United States, their supply is still accorded lien status, where the parties have chosen to apply United States law”. The affiant does not say whether this statement applies to all cases of foreign supply including those by foreign suppliers to foreign ships.

[86] As noted by Mr. Juska, the only case referred to by Mr. de Klerk to support this statement at paragraph 15 is *Ryan-Walsh v. M/V Ocean Trader*, 930 F. Supp. 210 (D.M. 1996). This case does involve the supply of necessities outside of the United States but those necessities were provided by an American supplier.

[87] The main premise of Mr. de Klerk’s opinion is that American courts will give effect to the choice of law clauses in the supply contracts. This is a general concept that is firmly established but was apparently only recently applied in a context involving a maritime lien. Mr. de Klerk relies on the U.S. Court of Appeals decision in the *Queen of Leman*.¹³

[88] But in that case, the U.S. Court of Appeals never considered the issue of whether American law provides for a lien when these necessities are supplied by a foreign supplier to a foreign ship in a foreign country.¹⁴

services peuvent être exclus se trouve dans la dernière phrase du paragraphe 5, où M. de Klerk affirme ce qui suit :

[TRADUCTION] Selon moi, ces quatre réclamantes sont titulaires d’un privilège maritime en vertu des lois des États-Unis à l’égard du M/V LANNER quant aux approvisionnements nécessaires fournis à l’égard de ce navire. [Non souligné dans l’original.]

[85] De même, l’affidavit n’est pas précis lorsqu’il y est mentionné ce qui suit au paragraphe 15 : [TRADUCTION] « même si les approvisionnements nécessaires ne sont pas vraiment livrés aux États-Unis, leur fourniture possède toujours le statut de privilège, lorsque les parties ont choisi d’appliquer le droit des États-Unis ». Le souscripteur d’affidavit ne dit pas si cette déclaration s’applique à tous les cas de fourniture à l’étranger, notamment les fournitures effectuées à l’étranger par des fournisseurs étrangers à des navires étrangers.

[86] Comme il a été souligné par M. Juska, la seule cause à laquelle M. de Klerk a fait renvoi à l’appui de cette déclaration au paragraphe 15 est *Ryan-Walsh v. M/V Ocean Trader*, 930 F. Supp. 210 (D.M. 1996). Cette cause porte principalement sur la fourniture d’approvisionnements nécessaires à l’extérieur des États-Unis mais ces approvisionnements nécessaires ont été livrés par un fournisseur américain.

[87] La prémisse principale de l’opinion de M. de Klerk est que les cours de justice américaines donneront effet aux clauses concernant la désignation du droit applicable dans les contrats d’approvisionnement. Il s’agit d’un concept général qui est bien établi mais qui, apparemment, n’a été appliqué que récemment dans un contexte de privilège maritime. M. de Klerk invoque la décision rendue par la Cour d’appel des États-Unis dans l’arrêt *Queen of Leman*.¹³

[88] Mais dans cette cause, la Cour d’appel des États-Unis n’a jamais examiné la question de savoir si le droit américain prévoit l’existence d’un privilège lorsque ces approvisionnements nécessaires sont livrés par un fournisseur étranger à l’égard d’un navire étranger dans un pays étranger.¹⁴

[89] In contrast, Mr. Juska's evidence is very specific. At paragraphs 11-14, he explains why in his view, even if one gives effect to the choice of law clauses, this does not mean that all the claimants would have a maritime lien. He cites the decision of the U.S. Court of Appeals in *Trinidad Foundry & Fabricating, Ltd. v. M/V K.A.S. Camilla*, 966 F.2d 613 (11th Cir. 1992) where the Court said [at page 617]:

Alternatively, Trinidad argues that the *in rem* action against the *Camilla* was permissible under Rule C(1)(b), pursuant to the Maritime Lien Act, 46 U.S.C. § 31342 (1990). We reject that argument for two reasons. First, § 31342 does not provide for a maritime lien for goods and services supplied by a foreign plaintiff to foreign flag vessels in foreign ports. *Tramp Oil and Marine, Ltd. v. M/V Mermaid I*, 805 F.2d 42, 46 (1st Cir.1986); *Swedish Telecom Radio v. M/V Discovery I*, 712 F.Supp. 1542, 1545-46 (S.D.Fla.1989). In the present case, it is undisputed that all of the parties and the vessel are foreign, and the repairs to the vessel were furnished in a foreign port. Accordingly, Trinidad has no lien under § 31342.

[90] More recently in *Marine Oil Trading Ltd. v. Motor Tanker Paros*, 287 F. Supp. 2d 638 (E.D. Va. 2003), at page 641, note 2, the Court noted:

The existence of a lien is not a foregone conclusion even if American law applies. The court notes that this case involves a contract amongst foreign parties, over a foreign ship, regarding transactions that occurred in foreign ports. There is case law holding that a lien does not arise under such circumstances. See *Trinidad Foundry and Fabricating, Ltd. v. M/V K.A.S. CAMILLA*, 966 F.2d 613 (11th Cir. 1992).

[91] Mr. Juska's opinion was also accurate when he said that there is no maritime lien for supplies provided to a sister ship. This was acknowledged by the claimants.

[92] The claimants argue that the Court should accept Mr. de Klerk's opinion because his evidence was accepted by Justice Blais in *Kirgan Holding S.A. v.*

[89] Au contraire, le témoignage de M. Juska est très précis. Aux paragraphes 11 à 14, il explique pourquoi, selon lui, même si on donne effet aux clauses concernant la désignation du droit applicable, cela ne signifie pas que toutes les réclamantes seraient titulaires d'un privilège maritime. Il invoque la décision rendue par la Cour d'appel des États-Unis dans *Trinidad Foundry & Fabricating, Ltd. v. M/V K.A.S. Camilla*, 966 F.2d 613 (11th Cir.1992) dans laquelle la Cour a affirmé ce qui suit [à la page 617] :

[TRADUCTION] Subsidiairement, Trinidad prétend que l'action réelle contre le *Camilla* était permise en vertu de la Règle C(1)(b), en conformité avec le Maritime Lien Act, 46 U.S.C. § 31342 (1990). Nous rejetons cet argument pour deux raisons. Premièrement, § 31342 ne prévoit aucun privilège maritime pour les biens et services fournis par un demandeur étranger à des navires battant pavillon étranger dans des ports étrangers. *Tramp Oil and Marine, Ltd. v. M/V Mermaid I*, 805 F.2d 42, 46 (1st Cir.1986); *Swedish Telecom Radio v. M/V Discovery I*, 712 F.Supp. 1542, 1545-46 (S.D.Fla.1989). En l'espèce, il n'est pas contesté que toutes les parties et les navires sont étrangers, et les réparations au navire ont été effectuées dans un port étranger. Par conséquent, Trinidad ne possède aucun privilège en vertu de § 31342.

[90] Plus récemment, dans *Marine Oil Trading Ltd. v. Motor Tanker Paros*, 287 F. Supp. 2d 638 (E.D. Va. 2003), à la page 641, note 2, la Cour a souligné ce qui suit :

[TRADUCTION] L'existence d'un privilège n'est pas assurée même si le droit américain s'applique. La Cour souligne que la présente cause concerne un contrat conclu entre des parties étrangères en rapport avec un navire étranger concernant des transactions qui se sont produites dans des ports étrangers. Il existe une jurisprudence selon laquelle aucun privilège ne naît dans de telles circonstances. Voir *Trinidad Foundry and Fabricating, Ltd. v. M/V K.A.S. CAMILLA*, 966 F.2d 613 (11th Cir. 1992).

[91] L'opinion de M. Juska était également juste lorsqu'il a affirmé qu'il n'existe aucun privilège maritime pour des approvisionnements fournis à un navire jumeau. Cela a été reconnu par les réclamantes.

[92] Les réclamantes prétendent que la Cour devrait accepter l'opinion de M. de Klerk parce que son témoignage a été accepté par le juge Blais dans *Kirgan*

Panamax Leader (The) (2002), 225 F.T.R. 273 (F.C.T.D.), a case where the supplier was foreign, the ship was foreign and the supply was made in a foreign port.

[93] As I said at the hearing, those issues are issues of fact which depend entirely on the evidence before the Court. It may well be that Mr. de Klerk's opinion in that case was more detailed or that the affidavit in reply to his evidence was different. It may be that this specific point was not raised.

[94] The Court is bound to make its own detailed analysis of the evidence before it. I have done so and decided that these foreign claimants have not clearly established by preponderance of evidence that they have a maritime lien under American law for the specific services rendered to the *Lanner* outside of the United States.

(C) Should the Court depart from the normal order of priorities

[95] Thus, apart from Ashland's claim and Praxis' claim with respect to the services provided at Charleston, none of the claimants would normally rank before the plaintiffs' mortgage.

[96] The claimants argue that the plaintiffs were negligent in failing to realize on their securities without undue delay and that the inordinate delay between the first event of default in February 2002 and the time the vessel was arrested by the bank in March 2003 constitutes a special circumstance which justifies the Court to conduct an equity-based arrangement in which all the other claimants would rank before the plaintiffs' claim.

[97] Here again, there is no dispute that the Prothonotary's refusal to reorder priorities is a question vital to the final issue of this matter (*Scott Steel Ltd. v. Alarissa (The)* (1997), 125 F.T.R. 284 (F.C.T.D.)).

[98] The Court reviewed this issue *de novo* and came to the same conclusion as the Prothonotary that this is

Holdering S.A. c. Panamax Leader (Le), 2002 CFPI 1235, une cause dans laquelle le fournisseur était étranger, le navire était étranger et l'approvisionnement a été effectué dans un port étranger.

[93] Comme je l'ai affirmé à l'audience, il s'agit de questions de fait qui dépendent entièrement de la preuve soumise à la Cour. Il se peut fort bien que l'opinion de M. de Klerk dans cette cause était plus détaillée ou que l'affidavit en réponse était différent. Il se peut que ce point précis n'ait pas été soulevé.

[94] La Cour est tenue de faire sa propre analyse détaillée de la preuve dont elle est saisie. C'est ce que j'ai fait et j'ai décidé que ces réclamantes étrangères n'ont pas clairement établi par prépondérance de la preuve qu'elles sont titulaires d'un privilège maritime en vertu du droit américain quant aux services particuliers rendus au *Lanner* à l'extérieur des États-Unis.

C) La Cour devrait-elle s'écarter de l'ordre traditionnel des priorités?

[95] Donc, à l'exception des réclamations de Ashland et de Praxis concernant les services fournis à Charleston, aucune des réclamantes ne prendrait normalement rang avant l'hypothèque des demandresses.

[96] Les réclamantes prétendent que les demandresses ont été négligentes en ne réalisant pas leurs garanties dans les meilleurs délais et que le délai inacceptable entre le premier manquement en février 2002 et le moment où le navire a été saisi par la banque en mars 2003 constitue une circonstance spéciale qui fonde la Cour à établir une entente fondée sur l'équité dans laquelle les autres réclamantes prendraient rang avant la réclamation des demandresses.

[97] Ici encore, nul ne conteste que le refus du protonotaire de reclasser les rangs de priorité est une question déterminante pour l'issue de la présente affaire (*Scott Steel Ltd. c. Alarissa (Le)*, [1997] A.C.F. n° 139 (1^{re} inst.) (QL)).

[98] La Cour a examiné cette question *de novo* et a tiré la même conclusion que le protonotaire qu'il ne

not a case where judicial discretion based on equity should be exercised in favor of the claimants. The decision of the Prothonotary is very well articulated and the Court adopts the views expressed at paragraphs 80-91.

[99] The Court also agrees with Professor William Tetley who noted in *Maritime Liens and Claims*, at pages 855 and 856 that Courts should use their discretion in that respect with great prudence.

[100] The claimants have relied almost entirely on the simple fact that several months elapsed between the first technical event of default and the arrest of the ship by the plaintiffs. There is no evidence that, because of the services they rendered, the plaintiffs were able to receive additional payments from the owner of the *Lanner*. In fact, it appears that the plaintiffs did not receive any money from the borrowers until they executed their securities.

[101] There is no evidence that the supplies of necessities in this case increased the value of the ship. There is no evidence that the plaintiffs knew that the borrowers were in a situation that could not be rectified with time.

[102] The claimants have simply failed to meet their burden of establishing very special circumstances which warranted departure from the law-established order of priorities to prevent an obvious injustice.

(D) Costs

[103] As mentioned, the Court agrees that Ashland and Praxis with respect to the services supplied at Charleston, U.S.A., are entitled to be paid in priority to the plaintiffs' mortgage. Because of the divided success of the appeal and considering the state of the law with respect to the issues raised in this matter, the Court finds that each party should support its own costs.

s'agit pas d'un cas où un pouvoir judiciaire discrétionnaire fondé sur l'équité devrait être exercé en faveur des réclamantes. La décision du protonotaire est très bien formulée et la Cour adopte les opinions exprimées aux paragraphes 80 à 91.

[99] La Cour est également d'accord avec le professeur William Tetley qui a souligné dans *Maritime Liens and Claims*, aux pages 855 et 856, que les cours de justice devraient utiliser leur pouvoir discrétionnaire à cet égard avec grande prudence.

[100] Les réclamantes ont invoqué presque uniquement le simple fait que de nombreux mois se sont écoulés entre le premier manquement technique et la saisie du navire par les demandereses. Rien ne prouve que, en raison des services rendus, les demandereses ont pu recevoir des paiements additionnels de la part du propriétaire du *Lanner*. En fait, il semble que les demandereses n'ont reçu un montant d'argent de la part des emprunteurs que lorsqu'elles ont réalisé leurs garanties.

[101] Rien ne prouve que les fournitures d'approvisionnement nécessaires en l'espèce ont augmenté la valeur du navire. Rien ne prouve que les demandereses savaient que les emprunteurs se trouvaient dans une situation qui ne pouvait pas être corrigée avec le temps.

[102] Les réclamantes n'ont tout simplement pas réussi à s'acquitter de l'obligation qu'elles avaient d'établir l'existence de circonstances très particulières justifiant la dérogation à l'ordre de priorité établi par la loi afin d'empêcher une injustice évidente.

D) Les dépens

[103] Comme il a été mentionné, la Cour convient que Ashland et Praxis, en rapport avec les services fournis à Charleston (É.-U.), ont le droit d'être payées avant l'hypothèque des demandereses. Compte tenu que l'appel n'a été accueilli qu'en partie et compte tenu de l'état du droit concernant les questions soulevées dans la présente affaire, la Cour conclut que chacune des parties devrait assumer ses propres dépens.

[104] With respect to costs awarded by the Prothonotary, the Court agrees with the claimants that in the particular circumstances of this case where the caveat releases were not transferred from T-470-03 and the claimants were not made parties to the proceedings, the Prothonotary should not have awarded costs against them.

[105] In the future, the parties to the action should ensure that claimants who file claims against the proceeds of a sale have either filed a caveat release or have been made a party (amending the style of cause). If they have not, the matter should be brought to the attention of the Court so that claimants do not take undue advantage of the situation to avoid payment of costs.

[106] That said, in the present case, the Court would not, for the reasons explained with respect to this appeal, have granted costs against the claimants.

ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. The amounts owed to Ashland Specialty Chemical Company for services provided to the *Lanner* at Cape Town, South Africa, and any amount owed to Praxis Energy Agents S.A. with respect to the supply of necessities to the *Lanner* at Charleston in the United States, shall be paid in priority to the plaintiffs' claim out of the proceed of the sale of the *Lanner*. The plaintiffs shall then be entitled to receive the balance of the said proceeds;

2. The appeal in respect of the order dated October 5, 2005, is allowed and the said order is quashed. There shall be no costs against the claimants in respect of the proceedings before the Prothonotary and no costs in this appeal.

¹ The claimants did not refer to this invoice at all in their representations but for the purpose of this analysis, the Court must assume that it has not been paid.

[104] En ce qui concerne les dépens accordés par le protonotaire, la Cour est d'accord avec les réclamantes que, dans les circonstances particulières de l'espèce où les *caveat*-mainlevées n'ont pas été transférés du dossier T-470-03 et que les réclamantes n'ont pas été constituées parties à l'instance, le protonotaire n'aurait pas dû les condamner au paiement des dépens.

[105] À l'avenir, les parties à l'instance devraient s'assurer que les réclamants qui ont déposé une réclamation contre le produit d'une vente ont déposé un *caveat*-mainlevée ou ont été constitués partie (modifiant l'intitulé). Si elles ne le font pas, l'affaire devrait être portée à l'attention de la Cour de telle sorte que les réclamants ne profitent pas indûment de la situation pour éviter le paiement des dépens.

[106] Cela dit, en l'espèce, pour les motifs exposés en rapport avec le présent appel, la Cour n'aurait pas condamné les réclamantes à payer les dépens.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. Les montants dus à Ashland Specialty Chemical Company pour services fournis au *Lanner* à Cape Town (Afrique du Sud) et tout montant dû à Praxis Energy Agents S.A. en rapport avec la fourniture d'approvisionnements nécessaires à l'égard du *Lanner* à Charleston (États-Unis) devront être payés en priorité à la réclamation des demanderesse sur le produit de la vente du *Lanner*. Les demanderesse auront alors le droit de recevoir le solde dudit produit;

2. L'appel relatif à l'ordonnance datée du 5 octobre 2005 est accueilli et ladite ordonnance est annulée. Aucuns dépens ne sont adjugés à l'encontre des réclamantes en rapport avec l'instance instruite devant le protonotaire ainsi qu'en rapport avec le présent appel.

¹ Les réclamantes n'ont fait aucune mention de cette facture dans leurs observations, mais, aux fins de la présente analyse, la Cour doit présumer qu'elle n'a pas été payée.

² The affidavit of Mrs. Suvarnatemee and the documents attached to it were in the claimants' possession for over 16 months when the Court set the deadline of December 10, 2004 for completion of all cross-examinations. The first notice that any of the claimants might challenge the validity of the mortgage is found in the written representation of Kent Trade and Marine Fuels dated November 1, 2004, where these claimants simply say that in any event, they reserve the right to challenge the validity of the plaintiffs' security as against the *Lanner*.

³ J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 1997) at p. 161.

⁴ Under American law, it would rank after a foreign mortgage registered before the lien arose.

⁵ Affidavit evidence had to be filed by the plaintiffs with respect to this issue of whether or not the *Hobby* and *Peregrine* were sister ships of the *Lanner* and on whether or not American law provides for a maritime lien for necessities provided to such sister ships.

⁶ In *Imperial Oil*, the supplier had contracted with the demise charterer of the ship through a managing agent of the said charterer.

⁷ Affidavit of Mr. de Klerk, at para. 8.

⁸ The charter party was a NYPE Form and included an U.S. arbitration clause. It also specifically referred to the *Harter Act* [46 U.S.C. App. § 181 (2000)] and the *United States Carriage of Goods by Sea Act* [46 U.S.C. App. § 1300 (2000)] (*Rainbow Line Inc. v. M/V Tequila*, 341 F. Supp. 459 (S.D.N.Y. 1972) (Metzner S., District Judge)).

⁹ One must exercise caution because the lien holder under American law is entitled to waive its right. One way of so doing is by choosing a law that does not recognize the existence of a maritime lien in the particular set of circumstances.

¹⁰ This decision is also referred to in Justice Stone's decision, at para. 27.

¹¹ The Court notes that the evidence with respect to Arrow Ltd. should have been easily available to the claimants as their counsel also represented Arrow Ltd. in a related action where the *Lanner* was also arrested.

¹² At this stage, the Court is prepared to accept that the terms and conditions referred to in the exhibits were brought to the attention of Arrow Ltd. at the time the contracts were entered into.

¹³ The United States Court of Appeals for the Second Circuit reaffirmed this position that it will give effect to an appropriate choice of law provision in an insurance contract

² L'affidavit de M^{me} Suvarnatemee et les documents qui y étaient joints ont été en possession des réclamantes pendant plus de 16 mois lorsque la Cour a fixé l'échéance du 10 décembre 2004 pour la fin des contre-interrogatoires. Le premier signe que l'une ou l'autre des réclamantes pourraient contester la validité de l'hypothèque se trouve dans les représentations écrites de Kent Trade and Marine Fuels datées du 1^{er} novembre 2004, dans lesquelles ces réclamantes affirment tout simplement que, de toute manière, elles se réservent le droit de contester la validité de la garantie des demanderessees à l'égard du *Lanner*.

³ J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4^e éd. (Toronto : Butterworths, 1997), à la p. 161.

⁴ En vertu du droit américain, il prendrait rang après une hypothèque étrangère enregistrée avant que le privilège ne prenne naissance.

⁵ La preuve par affidavit devait être déposée par les demanderessees quant à la question de savoir si le *Hobby* et le *Peregrine* étaient des navires jumeaux du *Lanner* et quant à la question de savoir si le droit américain prévoit un privilège maritime quant aux approvisionnements nécessaires à des navires jumeaux.

⁶ Dans l'arrêt *Imperial Oil*, le fournisseur avait conclu un contrat avec un affrèteur en coque nue du navire par l'entremise d'un agent de gestion dudit affrèteur.

⁷ Affidavit de M. de Klerk, au par. 8.

⁸ La charte-partie était un formulaire NYPE et comprenait une clause d'arbitrage américaine. Elle renvoyait expressément à la *Harter Act* [46 U.S.C. App. § 181 (2000)] et à la *Carriage of Goods by Sea Act* [46 U.S.C. App. § 1300 (2000)] des États-Unis (*Rainbow Line Inc. v. M/V Tequila*, 341 F. Supp. 459 (S.D.N.Y. 1972) (Metzner S., juge de district)).

⁹ Il faut être prudent parce que le titulaire du privilège en vertu du droit américain a le droit de renoncer à son droit. Une manière de faire cela est de choisir un droit qui ne reconnaît pas l'existence d'un privilège maritime dans les circonstances particulières.

¹⁰ Cette décision est également mentionnée dans la décision du juge Stone, au par. 27.

¹¹ La Cour souligne que les éléments de preuve concernant Arrow Ltd. auraient dû pouvoir être facilement obtenus par les réclamantes car leur avocat représentait également Arrow Ltd. dans une action connexe où le *Lanner* a également été saisi.

¹² À ce stade-ci, la Cour est prête à accepter que les modalités mentionnées dans les pièces ont été portées à l'attention de Arrow Ltd. lorsque les contrats ont été conclus.

¹³ La Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit a réaffirmé cette position qu'elle donnera effet à une disposition désignant le droit pertinent applicable dans un

that is said to apply specifically to maritime liens in *Assuranceforeningen Skuld Den Danske Afdeling v. Allfirst Bank*, 2004 U.S. App. LEXIS 8131 (2nd Cir. 2004).

¹⁴ See note 5 of the decision which indicates that only the choice of law question was certified and that it would be premature to consider the issue of whether or not all the unpaid premiums gave rise to a maritime lien under United States law.

contrat d'assurance qui est censée s'appliquer précisément à un privilège maritime dans *Assuranceforeningen Skuld Den Danske Afdeling v. Allfirst Bank*, 2004 U.S. App. LEXIS 8131 (2nd Cir. 2004).

¹⁴ Voir la note 5 de la décision qui mentionne que seule la question du droit applicable a été certifiée et qu'il serait trop tôt pour se prononcer sur la question de savoir si toutes les primes en souffrance donnent naissance à un privilège maritime en vertu du droit américain.

DES-4-02
2006 FC 628

DES-4-02
2006 CF 628

Mohamed Harkat (*Applicant*)

Mohamed Harkat (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Public Safety and Emergency Preparedness Canada (*Respondents*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*défendeurs*)

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

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

Federal Court, Dawson J.—Ottawa, March 8, 9 and May 23, 2006.

Cour fédérale, juge Dawson—Ottawa, 8 et 9 mars et 23 mai 2006.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Security Certificate — Release from detention — Factors to be considered, types of conditions to be imposed — Application pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 84(2) for release from detention of foreign national (Harkat) detained under security certificate — Previous application for release dismissed, but because substantial change in circumstances since then (unexplained delay), Court permitted to deal with new application — Ministers producing no cogent evidence Harkat will be removed from Canada within a reasonable time — Although Harkat threat to national security, that threat neutralized, contained through imposition of strict conditions — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Certificat de sécurité — Mise en liberté — Facteurs dont il faut tenir compte relativement aux conditions à imposer — Demande de mise en liberté d'un étranger (M. Harkat) détenu aux termes d'un certificat de sécurité présentée en application de l'art. 84(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — La demande de mise en liberté antérieure avait été rejetée, mais la Cour pouvait instruire la nouvelle demande parce qu'il y avait eu depuis la demande précédente un changement important de situation (délai inexpliqué) — Les ministres n'ont déposé aucune preuve forte du renvoi imminent de M. Harkat du Canada — Bien que M. Harkat constitue une menace pour la sécurité nationale, l'imposition de conditions strictes neutralise ou contrecarre cette menace — Demande accueillie.

This was Mohamed Harkat's second application (the first application having been dismissed by Lemieux J. on December 30, 2005), pursuant to subsection 84(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, for release from detention. Mr. Harkat was detained on the basis of a security certificate, held to be reasonable, stating that he was inadmissible to Canada on grounds of security. The reasonable security certificate amounted to a removal order. However, because Mr. Harkat had previously been found to be a Convention refugee, he was a protected person as defined in the Act and could only be removed to a place where he would be at risk of persecution, torture or cruel and unusual treatment or punishment (Mr. Harkat argued that he would face torture or death if removed to Algeria, his country of citizenship) if, in the opinion of the Minister of Citizenship and Immigration, he should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of the acts committed or of danger to the security of Canada (danger

Il s'agissait de la deuxième demande de mise en liberté de Mohamed Harkat (la première demande ayant été rejetée par le juge Lemieux le 30 décembre 2005) présentée en application du paragraphe 84(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. M. Harkat était détenu sur le fondement d'un certificat de sécurité, jugé raisonnable, indiquant qu'il était interdit de territoire au Canada pour raison de sécurité. Le certificat de sécurité raisonnable constituait une mesure de renvoi. Toutefois, parce que la qualité de réfugié au sens de la Convention avait été reconnue à M. Harkat auparavant, il est une personne à protéger au sens de la Loi. En conséquence, il ne pouvait être renvoyé dans un pays où il risquait la persécution, la torture ou des traitements cruels et inusités (M. Harkat a affirmé qu'il risquait d'être torturé ou exécuté s'il était renvoyé en Algérie, son pays de citoyenneté) que si, selon le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, il ne devait pas être autorisé à demeurer au Canada en raison soit de la nature et la gravité de ses actes

opinion, section 115 of the Act).

At issue in this application was whether Mr. Harkat had established a material or substantial change of circumstances since his previous application for release that would permit the Court to deal with his second application, if so, whether Mr. Harkat had satisfied the Court that he would not be removed from Canada within a reasonable time, and whether his release would not pose a danger to national security or to the safety of any person.

Held, the application should be allowed.

Mr. Harkat's first application for release from detention was dismissed in December 2005. In that decision, Lemieux J. concluded that the authorities were proceeding expeditiously and the Minister's delegate's decision with respect to the danger opinion was pending. The Minister's delegate was in fact only appointed in March 2006, immediately prior to the commencement of the hearing in the present instance. This unexplained delay, and the resultant delay in considering whether Mr. Harkat could be removed from Canada, was inconsistent with Justice Lemieux's conclusions and was a distinct departure from the circumstances that he could have anticipated. Accordingly, a substantial change in circumstances since the previous application was established.

There are a number of principles (set out by the Federal Court of Appeal in *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*) applicable to proceedings under subsection 84(2). Here, the length of detention, any delay in removal and the cause of that delay, and the forward-looking nature of the test were considered to determine whether or not Mr. Harkat would be removed from Canada within a reasonable time. The unexplained delay from December 2005 to March 2006 was sufficient to shift the evidentiary burden (as to whether Mr. Harkat would be removed within a reasonable time) to the respondent Ministers. In light of the advice received by Mr. Harkat's counsel that the delegate's decision would not be made within the time originally contemplated, the time taken to reach such decisions in the past, and the fact that no cogent evidence of imminent removal was produced on behalf of the Ministers, the applicant met the onus upon him of establishing that he will not be removed from Canada within a reasonable period of time.

The last issue was whether or not Mr. Harkat's release would pose a danger to national security or to the safety of any person. *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and*

passées, soit du danger qu'il constituait pour la sécurité du Canada (avis de danger, article 115 de la Loi).

La question à trancher dans le cadre de la présente demande était celle de savoir si M. Harkat avait établi qu'il y avait eu depuis sa demande de mise en liberté précédente un changement important de situation qui permettrait à la Cour d'instruire sa deuxième demande. Dans l'affirmative, il fallait établir si M. Harkat avait convaincu la Cour que la mesure de renvoi du Canada ne serait pas exécutée dans un délai raisonnable et que sa mise en liberté ne constituerait pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La première demande de mise en liberté de M. Harkat a été rejetée en décembre 2005. Dans cette décision, le juge Lemieux avait statué que les autorités agissaient avec célérité et que la décision du représentant du ministre relative à l'avis de danger était pendante. En fait, le représentant du ministre a seulement été désigné en mars 2006, tout juste avant que ne commence l'audience relative à la présente demande. Ce délai inexpliqué, puis, par conséquent, le retard dans l'examen de la question du renvoi du Canada de M. Harkat, contredisaient les conclusions du juge Lemieux et constituaient une situation nettement différente de ce qu'il pouvait raisonnablement prévoir. Par conséquent, M. Harkat a établi l'existence d'un changement important de la situation depuis sa demande antérieure.

Un certain nombre de principes (énoncés par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*) s'appliquent à la procédure en application du paragraphe 84(2). En l'espèce, la durée de la détention, tout délai dans le renvoi et la cause d'un tel délai et le caractère prospectif du critère ont été examinés pour trancher la question de savoir si M. Harkat serait renvoyé du Canada dans un délai raisonnable. Le délai inexpliqué entre décembre 2005 et mars 2006 suffisait pour faire passer aux ministres défendeurs le fardeau de la preuve (quant à la question de savoir si M. Harkat serait renvoyé dans un délai raisonnable). À la lumière de l'avis communiqué aux avocats de M. Harkat précisant que la décision du représentant ne serait pas prise dans le délai initialement prévu, du temps qu'il a fallu pour prendre pareilles décisions dans le passé et du fait qu'aucune preuve forte de renvoi imminent n'a été produite pour le compte des ministres, le demandeur s'est acquitté du fardeau qui lui incombait d'établir que la mesure de renvoi du Canada dont il a été frappée ne serait pas exécutée dans un délai raisonnable.

La dernière question à trancher était celle de savoir si la libération de M. Harkat constituerait un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui. L'arrêt *Suresh c.*

Immigration) was applied as to what constitutes a danger to Canada. Evidence that grounds an objectively reasonable suspicion of substantial threatened harm will establish a danger to national security. Here, Mr. Harkat's release without the imposition of any term or condition would pose a threat to national security or to the safety of any person. However, after consideration was given to a number of factors supporting Mr. Harkat's release, and to the evidence received in confidence as to the nature of the acts it was believed Mr. Harkat could engage in and the threat or danger that would result from those acts, it was determined that the threat posed by Mr. Harkat's release could be neutralized or contained through the imposition of strict conditions. These conditions had to be specific and tailored to Mr. Harkat's precise circumstances and designed to prevent him from getting involved in any activity that commits, encourages, facilitates, assists or instigates an act of terrorism, or any similar activity. The terms and conditions imposed by the Court in the case at bar contained such measures as electronic monitoring, performance bonds, the presence nearby of Mr. Harkat's wife or mother-in-law at all times, the required approval by the Canada Border Services Agency (CBSA) of any visitors to Mr. Harkat's residence, the interception, by CBSA, of incoming and outgoing written and oral communications, and warrantless searches of the premises at any time.

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) a été appliqué pour établir ce qui constitue un danger pour le Canada. Une preuve qui étaye des soupçons objectivement raisonnables d'un danger sérieux permettra d'établir qu'il y a danger pour la sécurité nationale. En l'espèce, la mise en liberté de M. Harkat sans que des conditions soient imposées constituait un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui. Cependant, après avoir examiné des facteurs qui militaient en faveur de la mise en liberté de M. Harkat et la preuve confidentielle sur la nature des actes auxquels on croit M. Harkat susceptible de se livrer et sur la menace ou le danger occasionné par ces actes, la Cour a établie que l'imposition de conditions strictes pouvait neutraliser ou contrecarrer toute menace ou tout danger occasionné par la mise en liberté de M. Harkat. Ces conditions devaient être adaptées particulièrement à la situation de M. Harkat et être conçues de manière à l'empêcher de participer à toute activité consistant à commettre, à encourager ou à faciliter des actes de terrorisme, d'être l'instigateur de tels actes ou de participer à toute activité semblable. Les conditions que la Cour a imposées en l'espèce visaient notamment des mesures comme la télésurveillance, des actes de cautionnement, la présence de l'épouse ou de la belle-mère de M. Harkat à tout moment, l'approbation de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) relativement aux visiteurs se présentant chez M. Harkat, l'interception, par l'ASFC, des communications écrites ou verbales à destination ou en provenance du domicile et des perquisitions sans mandat du domicile à tout moment.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001, (U.K.), 2001, c. 24.
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].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 127 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 185, Sch. III, item 5(F); S.C. 2005, c. 32, s. 1).
Divorce Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 3.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 149.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 56, 81, 84(2), 115, 124(1)(a).
Prevention of Terrorism Act 2005, (U.K.), 2005 c. 2.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2005] 3 F.C.R. 142; (2005), 251 D.L.R.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001, (R.-U.), 2001, ch. 24.
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].
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 127 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 185, ann. III, n° 5(F); L.C. 2005, ch. 32, art. 1).
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 3.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 56, 81, 84(2), 115, 124(1)a).
Prevention of Terrorism Act 2005, (R.-U.), 2005 ch. 2.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 149.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2005] 3 R.C.F. 142; 2005 CAF 54;

(4th) 13; 45 Imm. L.R. (3d) 163; 330 N.R. 73; 2005 FCA 54; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1.

CONSIDERED:

Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2005 FC 1740; *Harkat (Re)* (2005), 261 F.T.R. 52; 45 Imm. L.R. (3d) 65; 2005 FC 393; *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27; (1996), 134 D.L.R. (4th) 321; [1996] 5 W.W.R. 457; 141 Sask. R. 241; 196 N.R. 321; 19 R.F.L. (4th) 177; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 6 C.R.R. (2d) 193; 129 N.R. 81; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539; (2005), 258 D.L.R. (4th) 193; (2005) 339 N.R. 1; 2005 SCC 51; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 270 F.T.R. 1; 50 Imm. L.R. (3d) 160; 2005 FC 1645; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub* (2005), 270 F.T.R. 101; 2005 FC 1596; *Harkat (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 416; (2004), 125 C.R.R. (2d) 319; 259 F.T.R. 98; 48 Imm. L.R. (3d) 211; 2004 FC 1717; *Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 334; (2005), 261 F.T.R. 95; 45 Imm. L.R. (3d) 135; 2005 FC 156; *A (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56; *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 F.C.R. 389; (2005), 252 D.L.R. (4th) 601; 261 F.T.R. 11; 2005 FC 248.

APPLICATION, pursuant to subsection 84(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, for the release from detention of Mohamed Harkat, detained under a security certificate. Application allowed.

APPEARANCES:

Paul D. Copeland and *Matthew C. Webber* for applicant.
Donald A. MacIntosh, *James H. Mathieson*, *Michael W. Dale*, *Niveditha Logsetty* and *Bernard Assan* for respondents.

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 1740; *Harkat (Re)*, 2005 CF 393; *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539; 2005 CSC 51; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1645; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mahjoub*, 2005 CF 1596; *Harkat (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 416; 2004 CF 1717; *Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 334; 2005 CF 156; *A (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56; *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 R.C.F. 389; 2005 CF 248.

DEMANDE, en application du paragraphe 84(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, en vue de la mise en liberté de Mohamed Harkat, détenu en vertu d'un certificat de sécurité. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Paul D. Copeland et *Matthew C. Webber* pour le demandeur.
Donald A. MacIntosh, *James H. Mathieson*, *Michael W. Dale*, *Niveditha Logsetty* et *Bernard Assan* pour les défendeurs.

SOLICITORS OF RECORD:

*Copeland, Duncan, Toronto, and Webber Schroeder, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.*

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

DAWSON J. :

INTRODUCTION

[1] On March 22, 2005, the Court determined that the security certificate, signed by the Minister of Citizenship and Immigration (Minister) and the Solicitor General of Canada (together, the Ministers) in respect of Mr. Harkat, was reasonable. The certificate stated that Mr. Harkat, a foreign national, is inadmissible to Canada on grounds of security because there are reasonable grounds to believe that:

- (a) He has engaged in terrorism by supporting terrorist activities.
- (b) He was, or is, a member of the bin Laden network which is an organization that there are reasonable grounds to believe has engaged, or will engage, in terrorism.

[2] Thereafter, Mr. Harkat applied to the Court for release from incarceration. That application was dismissed by my colleague Mr. Justice Lemieux on December 30, 2005 [2005] FC 1740]. Mr. Harkat has again applied, pursuant to subsection 84(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act), for an order releasing him from incarceration.

THE ISSUES TO BE DETERMINED

[3] Three issues are raised by the parties on this application. First, the Ministers assert that an overarching and threshold issue is whether Mr. Harkat has established a material or substantial change of circumstances since his previous application that would permit the Court to deal with this second application. If so, the two further issues to be determined are whether

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Copeland, Duncan, Toronto, et Webber Schroeder, Ottawa, pour le demandeur.
Le sous-procureur général Canada pour les défendeurs.*

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

LA JUGE DAWSON :

INTRODUCTION

[1] Le 22 mars 2005, la Cour a établi que le certificat de sécurité signé par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) et le solliciteur général du Canada (ensemble, les ministres) à l'égard de M. Harkat était raisonnable. On déclarait dans le certificat que M. Harkat, un étranger, est interdit de territoire au Canada pour raison de sécurité car il y a des motifs raisonnables de croire :

- a) qu'il s'est livré au terrorisme en soutenant des activités terroristes;
- b) qu'il était ou est encore membre du réseau ben Laden, organisation dont il y a lieu de croire qu'elle a été ou sera l'auteur d'actes de terrorisme.

[2] M. Harkat a par la suite demandé à la Cour sa mise en liberté. Mon collègue le juge Lemieux a rejeté cette demande le 30 décembre 2005 [2005] CF 1740]. M. Harkat a alors demandé de nouveau, en application du paragraphe 84(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), que soit rendue une ordonnance de mise en liberté.

LES QUESTIONS À TRANCHER

[3] Les parties soulèvent trois questions dans le cadre de la présente demande. Premièrement, les ministres soutiennent que la question préliminaire et fondamentale qui se pose est de savoir si M. Harkat a établi qu'il y avait eu depuis sa précédente demande un changement important de situation qui permettrait à la Cour d'instruire sa deuxième demande. Dans l'affirmative,

Mr. Harkat has met the onus placed upon him by subsection 84(2) of the Act to satisfy the Court that he will not be removed from Canada within a reasonable time and that his release will not pose a danger to national security or to the safety of any person.

SUMMARY OF CONCLUSIONS

[4] In these reasons, I:

(i) find as a fact that there has been an unexplained delay in the process necessary to determine whether Mr. Harkat may be removed from Canada. This delay has prolonged Mr. Harkat's detention and constitutes a distinct departure from the circumstances previously before the Court. It follows that this second application for release is properly brought by Mr. Harkat;

(ii) find that Mr. Harkat has met the onus upon him to establish that he will not be removed from Canada within a reasonable time;

(iii) find that Mr. Harkat's release without condition would pose a threat to national security or to the safety of any person; and

(iv) find that a series of terms and conditions can be imposed upon Mr. Harkat that will, on a balance of probabilities, neutralize or contain any threat or danger posed by his release.

Thus, it is ordered that Mr. Harkat may be released from incarceration upon complying with the conditions set out in paragraph 95 below.

THE LEGISLATION

[5] As noted above, this application is brought pursuant to subsection 84(2) of the Act which is as follows:

84. . . .

deux autres questions resteraient alors à trancher. Il faudrait ainsi établir si M. Harkat s'est acquitté de l'obligation lui incombant, en vertu du paragraphe 84(2) de la Loi, de convaincre la Cour à la fois que la mesure de renvoi du Canada ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable, et que sa mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui.

RÉSUMÉ DES CONCLUSIONS

[4] Dans les présents motifs :

i) Je tire comme conclusion de fait qu'il y a eu un délai inexpliqué dans le processus requis pour établir si M. Harkat peut être renvoyé du Canada. Ce délai a entraîné la prolongation de la détention de M. Harkat et constitue un net changement par rapport à la situation dont la Cour était précédemment saisie. C'est donc à juste titre que M. Harkat a présenté sa seconde demande de mise en liberté.

ii) Je conclus que M. Harkat s'est acquitté de l'obligation lui incombant d'établir qu'il ne sera pas renvoyé du Canada dans un délai raisonnable.

iii) Je conclus que la mise en liberté sans condition de M. Harkat constituerait un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui.

iv) Je conclus qu'un ensemble de conditions peuvent assortir la mise en liberté de M. Harkat qui, selon la prépondérance des probabilités, neutraliseraient ou contrecarreraient tout danger susceptible d'être occasionné par sa mise en liberté.

Il est par conséquent ordonné que M. Harkat soit mis en liberté en autant qu'il satisfasse aux conditions énoncées au paragraphe 95 ci-dessous.

LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[5] Tel que je l'ai déjà mentionné, la présente demande est présentée en application du paragraphe 84(2) de la Loi, qui prévoit ce qui suit :

84. [. . .]

(2) A judge may, on application by a foreign national who has not been removed from Canada within 120 days after the Federal Court determines a certificate to be reasonable, order the foreign national's release from detention, under terms and conditions that the judge considers appropriate, if satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the release will not pose a danger to national security or to the safety of any person.

[6] In order to appreciate the arguments of the parties with respect to the threshold issue and the issue of removal from Canada within a reasonable time, it is helpful to comment upon the larger legislative scheme.

[7] The effect of determining a security certificate to be reasonable is set out in section 81 of the Act; once a certificate is determined to be reasonable it is conclusive proof that the person concerned is inadmissible to Canada and it is a removal order.

[8] However, Mr. Harkat was found in February of 1997 to be a Convention refugee. He is, therefore, a protected person as defined in the Act. Generally, protected persons cannot be removed from Canada to a place where they would be at risk of persecution, torture or cruel and unusual treatment or punishment (see subsection 115(1) of the Act). An exception exists to this general principle where a person is found to be inadmissible on grounds of security. In such case, the person may be removed if, in the opinion of the Minister, "the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada" (see paragraph 115(2)(b) of the Act).

[9] Mr. Harkat says that if he is removed to Algeria, his country of citizenship, he will likely suffer torture or death. Unless, therefore, it is determined that Mr. Harkat does not face such a risk, or that notwithstanding such risk Canada's security requires his removal pursuant to paragraph 115(2)(b) of the Act, Mr. Harkat cannot be removed from Canada.

[10] Sections 81 and 115 of the Act are set out in the Appendix A to these reasons.

(2) Sur demande de l'étranger dont la mesure de renvoi n'a pas été exécutée dans les cent vingt jours suivant la décision sur le certificat, le juge peut, aux conditions qu'il estime indiquées, le mettre en liberté sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui.

[6] Pour bien comprendre les arguments des parties relativement à la question préliminaire et à la question de l'exécution de la mesure de renvoi dans un délai raisonnable, il est utile de faire des commentaires plus généraux sur le régime législatif applicable.

[7] Ce qu'entraîne le fait de juger un certificat de sécurité raisonnable est énoncé à l'article 81 de la Loi : cela fait foi de l'interdiction de territoire et constitue une mesure de renvoi.

[8] M. Harkat a toutefois été jugé être, en février 1997, un réfugié au sens de la Convention. Il est par conséquent une personne à protéger au sens où l'entend la Loi. De manière générale, on ne peut renvoyer une personne à protéger dans un pays où elle risque la persécution, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités (voir le paragraphe 115(1) de la Loi). Ce principe général comporte toutefois une exception, soit lorsqu'une personne est jugée interdite de territoire pour raison de sécurité. L'intéressé peut être renvoyé si, selon le ministre, « il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada (voir l'alinéa 115(2)b de la Loi).

[9] M. Harkat affirme que s'il est renvoyé en Algérie, son pays de citoyenneté, il risque d'être torturé ou exécuté. À moins, par conséquent, qu'on juge M. Harkat ne pas être exposé à un tel risque, ou qu'on juge son renvoi nécessaire pour la sécurité du Canada malgré ce risque en application de l'alinéa 115(2)b de la Loi, M. Harkat ne peut être renvoyé du Canada.

[10] Les articles 81 et 115 de la Loi sont reproduits à l'annexe A des présents motifs.

THE EVIDENCE

[11] At paragraphs 21 through 72 of his reasons, cited as *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1740, Mr. Justice Lemieux carefully reviewed the documentary and oral evidence adduced in public at the hearing of Mr. Harkat's first application for release and described generally the material placed before the Court in confidence by the Ministers on that application. All of that documentary evidence, whether tendered in public or in confidence was, by consent, refiled in evidence on this second application. Additionally, the transcripts of the public and private proceedings were, by consent, filed in evidence before me.

[12] In view of Mr. Justice Lemieux's review of the evidence tendered on the first application for release, there is no need for me to repeat that review.

[13] The new evidence tendered on this second application for release consisted of:

- (i) Documents filed in public on behalf of both Mr. Harkat and the Ministers.
- (ii) Oral evidence adduced on Mr. Harkat's behalf in public.
- (iii) Information provided in private by the Ministers.

(i) The Documentary Evidence

[14] Mr. Harkat's counsel filed the affidavit of a legal assistant describing briefly matters that have arisen since the first application and to which is attached a copy of the final submissions, dated December 12, 2005, addressed to the Minister's delegate concerning whether Mr. Harkat could safely be returned to Algeria. Also filed was correspondence to and from counsel for Mr. Harkat that generally dealt with the possible movement of persons detained pursuant to security certificates to a new federal facility, the status of the appointment of the

LA PREUVE

[11] Aux paragraphes 21 à 72 de ses motifs dans *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1740, le juge Lemieux a examiné avec soin la preuve documentaire et orale présentée publiquement lors de l'audience relative à la première demande de mise en liberté de M. Harkat, et il a décrit de manière générale les documents confidentiels soumis par les ministres à la Cour dans le cadre de cette demande. Toute la preuve documentaire alors présentée de manière publique ou confidentielle a de nouveau été produite en preuve, sur consentement des parties, dans le cadre de la deuxième demande à l'examen. La transcription officielle de l'audition publique et à huis clos m'a également été présentée en preuve, sur consentement des parties.

[12] Comme le juge Lemieux a passé en revue la preuve présentée dans le cadre de la première demande de mise en liberté, il ne me sera pas nécessaire d'en faire de nouveau l'examen.

[13] La nouvelle preuve produite aux fins de cette deuxième demande de mise en liberté était constituée :

- i) de documents présentés publiquement pour le compte tant de M. Harkat que des ministres;
- ii) d'une preuve orale présentée publiquement pour le compte de M. Harkat;
- iii) de renseignements fournis sous le sceau de la confidentialité par les ministres.

i) La preuve documentaire

[14] Les avocats de M. Harkat ont déposé l'affidavit d'un assistant juridique décrivant brièvement les questions qui se sont soulevées depuis la première demande, affidavit auquel on a joint copie des observations finales adressées au représentant du ministre, en date du 12 décembre 2005, sur la question de savoir si M. Harkat pouvait retourner en Algérie en toute sécurité. On a également déposé des lettres transmises par les avocats de M. Harkat, ou envoyées à ceux-ci, et concernant de manière générale le transfert

Minister's delegate and that delegate's qualifications, and an access to information request. The Minister's delegate is the person who will determine whether Mr. Harkat should be removed from Canada pursuant to paragraph 115(2)(b) of the Act.

[15] Of greatest relevance was a letter dated March 7, 2006 sent to Mr. Harkat's counsel just before the commencement of the hearing of this second application by the Director General, Case Management Branch of Citizenship and Immigration Canada. In its entirety the letter advised as follows:

The purpose of this letter is to set out the status of the determination by the Minister's Delegate of the Danger Opinion in the case of Mr. Harkat.

An officer has been designated to be the decision-maker for the purposes of Mr. Harkat's s. 115(2) determination. This officer will begin his full time work on this case by mid-Marc[sic] and dell [sic] be dedicated solely to its completion. With the guideline (taken from other similar cases) of approximately 200 hours of work required, we anticipate that the decision will be completed in late April or Early [sic] May.

[16] The Ministers filed the affidavit of a paralegal to which is attached a letter from the Detention Manager, Canada Border Services Agency. This letter advised that the transfer of persons detained under security certificates will take place in the near future.

(ii) The Oral Evidence

[17] The Ministers adduced no oral evidence in public on this second application for release. On Mr. Harkat's behalf both he and his wife testified, as did four proposed sureties including Mr. Harkat's mother-in-law, Pierrette Brunette. This oral evidence essentially reiterated testimony given before Mr. Justice Lemieux, as summarized by him at paragraphs 31 and 32 of his reasons. The witnesses testified in person on this second application so as to permit the Court to better assess

possible à un nouvel établissement fédéral des personnes détenues en vertu de certificats de sécurité, où on en était avec la désignation du représentant du ministre, les qualifications de ce représentant ainsi qu'une demande d'accès à l'information. C'est le représentant du ministre qui, en application de l'alinéa 115(2)b) de la Loi, devra décider s'il y a lieu de renvoyer M. Harkat du Canada.

[15] Une lettre en date du 7 mars 2006 transmise par le directeur général, Direction générale du règlement des cas, Citoyenneté et Immigration Canada, aux avocats de M. Harkat juste avant que ne commence l'audience relative à la deuxième demande à l'examen est d'intérêt tout particulier pour nos fins. Voici en son entier la teneur de cette lettre :

[TRADUCTION]

La présente lettre a pour objet de préciser où l'on en est dans le processus d'établissement par le représentant du ministre d'un avis de danger à l'égard de M. Harkat.

On a désigné le fonctionnaire qui doit prendre la décision visant M. Harkat en application du paragraphe 115(2). Ce décisionnaire commencera à s'occuper de ce cas à plein temps et de manière exclusive d'ici la mi-mars. Si l'on doit escompter (en se fondant sur des cas similaires) environ 200 heures de travail, nous prévoyons que la décision définitive sera prise à la fin avril ou en début mai.

[16] Les ministres, pour leur part, ont déposé l'affidavit d'un technicien juridique auquel était jointe une lettre du gestionnaire de la détention, Agence des services frontaliers du Canada. Cette lettre faisait état du transfert dans un proche avenir des personnes détenues en vertu de certificats de sécurité.

ii) La preuve orale

[17] Les ministres n'ont soumis aucune preuve orale publiquement dans le cadre de cette deuxième demande de mise en liberté. Tant M. Harkat que son épouse ont témoigné pour le compte de ce dernier, de même que quatre cautions éventuelles, dont la belle-mère de M. Harkat, Pierrette Brunette. On réitérait pour l'essentiel dans ces témoignages oraux les témoignages faits devant le juge Lemieux, que ce dernier a résumés aux paragraphes 31 et 32 de ses motifs. Les témoins ont

their testimony.

(iii) Information Provided in Private

[18] No new confidential information was filed by the Ministers. Following the conclusion of the public hearing I requested that a witness or witnesses be produced to answer questions I had arising out of this second application and the confidential record.

[19] At paragraphs 81 through 89 of my reasons given for finding the security certificate to be reasonable, cited as *Harkat (Re)* (2005), 261 F.T.R. 52 (F.C.), I endeavoured to explain why it is necessary to keep certain information confidential, and gave examples of the type of information that must be kept confidential because its release would prove injurious to Canada's national security or to the safety of any person. For those reasons, I am not able to disclose the confidential information provided to me in private. It can be disclosed, as was set out in a direction provided to the parties setting out the status of the *in camera* proceeding, that the following issues were raised by me and that a witness was produced on behalf of the Ministers to answer questions concerning these issues:

1. The possibility of further disclosure of confidential information to Mr. Harkat and his counsel.
2. The existence of any exculpatory information which may have been learned since the certificate was found to be reasonable.
3. The extent, if any, Mr. Harkat's contacts while in detention, his mail or telephone communications have been monitored.
4. The precise nature of the threat Mr. Harkat's release is said to pose.
5. If Mr. Harkat was released on the proposed conditions, what is the exact nature of the acts it is feared that Mr. Harkat would engage in that would pose

déposé en personne dans le cadre de la deuxième demande, de manière à ce que la Cour puisse mieux apprécier leurs témoignages.

iii) Renseignements communiqués en privé

[18] Les ministres n'ont présenté aucun nouveau renseignement confidentiel. Une fois l'audience publique terminée, j'ai demandé qu'on produise un ou des témoins pouvant répondre aux questions qu'il me restait à éclaircir relativement à cette deuxième demande et au dossier confidentiel.

[19] Aux paragraphes 81 à 89 des motifs pour lesquels j'ai conclu que le certificat de sécurité était raisonnable, sous l'intitulé *Harkat (Re)*, 2005 CF 393, j'ai tenté d'expliquer pourquoi il était nécessaire d'assurer la confidentialité de certains renseignements et j'ai donné des exemples du genre de renseignements dont il faut garantir la confidentialité pour préserver la sécurité nationale du Canada ou la sécurité d'autrui. Je ne puis pour ces raisons mêmes divulguer les renseignements confidentiels qu'on m'a communiqués en privé. Ce qui peut cependant être divulgué, tel qu'il était énoncé dans une directive donnée aux parties quant à l'état de la procédure à huis clos, c'est que j'ai soulevé les questions suivantes et que les ministres ont produit un témoin pour donner des réponses à leur sujet :

1. l'éventuelle communication d'autres renseignements confidentiels à M. Harkat et à ses avocats;
2. l'existence de renseignements disculpatoires ayant pu être appris depuis que le certificat a été jugé raisonnable;
3. la mesure dans laquelle, le cas échéant, on a surveillé les contacts, le courrier et les appels téléphoniques de M. Harkat pendant sa détention;
4. la nature précise du danger que ferait craindre la mise en liberté de M. Harkat;
5. la nature exacte des actes qu'on craint voir poser par M. Harkat, s'il était mis en liberté aux conditions proposées, parce qu'ils constitueraient un danger pour la

a danger to national security or the safety of persons, and how would he be able to do those things?

6. If Mr. Harkat was released on the proposed conditions, how is it believed that the conditions would be insufficient to prevent the harm feared?

7. Does the Service draw a distinction between the nature of the threat posed by persons such as Mr. Mahjoub and a person such as Mr. Harkat?

8. What, if any, concerns have arisen as a result of the release, on condition, of Mr. Charkaoui?

9. Why would Mr. Harkat's release pose a greater threat, and the basis for that belief?

10. What, if any, information exists that Mr. Harkat desires to resort to violence?

11. Information as to the nature of Mr. Harkat's dedication to his wife and mother-in-law.

12. Other matters that arose.

[20] With this background, I now turn to the first issue to be determined.

HAS A MATERIAL OR SUBSTANTIAL CHANGE OF CIRCUMSTANCES BEEN ESTABLISHED?

[21] The Ministers argue that in *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 142, at paragraphs 36 and 52, the Federal Court of Appeal found that a renewal of a subsection 84(2) application "is possible if new facts are discovered or if there is a substantial change in circumstances since the previous application" and that the application "can be renewed if new facts are discovered or the situation has evolved to a point where detention is no longer necessary or justified."

sécurité nationale ou la sécurité d'autrui, et la façon dont M. Harkat pourrait s'y prendre pour agir ainsi;

6. les raisons pour lesquelles on craint, si M. Harkat était mis en liberté aux conditions proposées, que ces conditions ne suffisent pas pour empêcher les torts pressentis;

7. la question de savoir si le Service a établi une distinction entre le danger que constituent des personnes comme M. Mahjoub et une personne comme M. Harkat;

8. les inquiétudes qu'a occasionnées la mise en liberté, sous conditions, de M. Charkaoui;

9. les raisons pour lesquelles on croit que la mise en liberté de M. Harkat constituerait un plus grand danger et le fondement de cette croyance;

10. les renseignements qui existent, s'il en est, portant que M. Harkat souhaite recourir à la violence;

11. les renseignements quant à la nature de l'attachement de M. Harkat envers son épouse et sa belle-mère;

12. d'autres questions qui ont pu se soulever.

[20] Le contexte étant précisé, je vais maintenant examiner la première question à trancher.

A-T-ON ÉTABLI QU'IL Y A EU CHANGEMENT IMPORTANT OU FONDAMENTAL DANS LA SITUATION?

[21] Les ministres soutiennent que la Cour d'appel fédérale a conclu, dans *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 142, aux paragraphes 36 et 52, que le renouvellement d'une demande en vertu du paragraphe 84(2) est possible « s'il existe de nouveaux faits ou s'il y a un changement important des circonstances depuis la demande antérieure » et que la demande « peut être renouvelée si de nouveaux faits apparaissent ou si la situation a évolué au point où la détention n'est plus nécessaire ni justifiée ».

[22] As to what constitutes a material change in circumstances, the Ministers rely upon the decision of the Supreme Court of Canada in *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27. There, the Court was required to interpret the provisions of the *Divorce Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 3 that relate to custody and access, and specifically the need in that context to be satisfied as to the existence of a material change in the circumstances of a child. At paragraphs 11 and 12, Madam Justice McLachlin (as she then was) wrote:

The requirement of a material change in the situation of the child means that an application to vary custody cannot serve as an indirect route of appeal from the original custody order. The court cannot retry the case, substituting its discretion for that of the original judge; it must assume the correctness of the decision and consider only the change in circumstances since the order was issued: *Baynes v. Baynes* (1987), 8 R.F.L. (3d) 139 (B.C.C.A.); *Docherty v. Beckett* (1989), 21 R.F.L. (3d) 92 (Ont. C.A.); *Wesson v. Wesson* (1973), 10 R.F.L. 193 (N.S.S.C.), at p. 194.

What suffices to establish a material change in the circumstances of the child? Change alone is not enough; the change must have altered the child's needs or the ability of the parents to meet those needs in a fundamental way: *Watson v. Watson* (1991), 35 R.F.L. (3d) 169 (B.C.S.C.). The question is whether the previous order might have been different had the circumstances now existing prevailed earlier: *MacCallum v. MacCallum* (1976), 30 R.F.L. 32 (P.E.I.S.C.). Moreover, the change should represent a distinct departure from what the court could reasonably have anticipated in making the previous order. "What the court is seeking to isolate are those factors which were not likely to occur at the time the proceedings took place": J. G. McLeod, *Child Custody Law and Practice* (1992), at p. 11-5. [Emphasis added.]

[23] Thus, the Ministers forcefully argue that Mr. Harkat has failed to establish on the evidentiary record before the Court any change in circumstances constituting a "distinct departure" that could not reasonably have been anticipated by Mr. Justice Lemieux. To the extent Mr. Harkat relies upon the fact that it was just immediately prior to the commencement of this hearing that the Minister's delegate was appointed and so the delegate had not yet started to work on his decision, the Ministers respond that it "was certainly within the contemplation of Justice Lemieux

[22] Quant à savoir ce qui constitue un changement important de situation, les ministres se fondent sur la décision de la Cour suprême du Canada dans *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27. La Cour suprême avait alors à interpréter les dispositions de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 3 qui portent sur la garde et le droit d'accès, quant à la nécessité, particulièrement dans ce contexte, d'être convaincu de l'existence d'un changement important dans la situation de l'enfant. Aux paragraphes 11 et 12, la juge McLachlin (maintenant juge en chef) a écrit ce qui suit :

L'exigence d'un changement important dans la situation de l'enfant signifie que la requête en modification de la garde ne peut être un moyen détourné d'en appeler de l'ordonnance de garde initiale. Le tribunal ne peut entendre l'affaire de nouveau et substituer son propre pouvoir discrétionnaire à celui du premier juge; il doit présumer de la justesse de la décision et ne tenir compte que du changement intervenu dans la situation depuis le prononcé de l'ordonnance : *Baynes c. Baynes* (1987), 8 R.F.L. (3d) 139 (C.A.C.-B.); *Docherty c. Beckett* (1989), 21 R.F.L. (3d) 92 (C.A. Ont.); *Wesson c. Wesson* (1973), 10 R.F.L. 193 (C.S.N.-É), à la p. 194.

Quand aura-t-on établi un changement important dans la situation de l'enfant? Le changement seul ne suffit pas; il doit avoir modifié fondamentalement les besoins de l'enfant ou la capacité des parents d'y pourvoir : *Watson c. Watson*, (1991), 35 R.F.L. (3d) 169 (C.S.C.-B.). La question est de savoir si l'ordonnance antérieure aurait pu être différente si la situation actuelle avait alors existé : *MacCallum c. MacCallum* (1976), 30 R.F.L. 32 (C.S.Î-P.-É.). En outre, le changement doit refléter une situation nettement différente de ce que le tribunal pouvait raisonnablement prévoir lorsqu'il a rendu la première ordonnance. [TRADUCTION] « Le tribunal cherche à dégager les facteurs qui n'étaient pas susceptibles de se produire au moment de la procédure » : J. G. McLeod, *Child Custody Law and Practice* (1992), à la p. 11-5. [Non souligné dans l'original.]

[23] Dans cette perspective, les ministres soutiennent énergiquement qu'au vu du dossier de la preuve présentée à la Cour, M. Harkat n'a pas réussi à établir l'existence d'un changement quelconque reflétant une situation « nettement différente » de ce que le juge Lemieux pouvait raisonnablement prévoir. Face ainsi à M. Harkat qui fait valoir que le représentant du ministre n'a été désigné que tout juste avant le début de la présente audience et n'a donc pas commencé à travailler en vue d'en arriver à une décision, les ministres rétorquent que [TRADUCTION] « le juge Lemieux pouvait

that there would have been delay in appointing the Minister's delegate." They say this is reflected in paragraphs 114-120 of Mr. Justice Lemieux's reasons. There he noted that:

Counsel for Mr. Harkat did not lead direct evidence on the issue of whether Mr. Harkat would not be removed within a reasonable time. Rather, he relied on the fact that from the date he made his preliminary submissions to the [Canada Border Services Agency] CBSA in respect to the seeking of a section 115(2)(b) opinion, six months had passed before the CBSA submitted its memorandum to the Minister's delegate seeking a positive section 115(2)(b) opinion. According to counsel for Mr. Harkat, this six-month timeframe is evidence that the CBSA is not doing its job on a timely basis. This six-month timeframe is *prima facie* unreasonable. This six-month delay falls within the principle expressed by Justice Létourneau in *Almrei, supra*, at paragraph 42, that Mr. Harkat has discharged his onus of leading some evidence that he has reasonable grounds to believe that the removal will not be effected within a reasonable time. Counsel pursues his argument that Mr. Harkat, having led this evidence, that evidence has to be answered. The burden has shifted to the government who has not called any evidence to justify the six-month delay and, as a result, Mr. Harkat is entitled to be released.

Mr. Harkat's counsel also stated he does not know when Mr. Harkat might be removed and does not know when the Minister's delegate will render a decision on the section 115(2)(b) issue. He acknowledged that I should not be speculating on these two points.

With respect to seeking leave to appeal to the Supreme Court of Canada from the Federal Court of Appeal's September 6, 2005 decision dismissing his constitutional challenge, Mr. Harkat's counsel argued that any delay arising on account of such challenge should not count against Mr. Harkat who would be pursuing a constitutional challenge fundamental to the process.

It is true that six months have passed between the time counsel for Mr. Harkat made his preliminary submissions to the CBSA and the time the CBSA filed its memorandum with the Minister's delegate. Mr. Copeland had forwarded his preliminary submissions to the CBSA on April 21, 2005, with the CBSA's disclosure package to the Minister's delegate being dated October 21, 2005.

I do not accept counsel for Mr. Harkat's argument that, in and of itself, this six-month period is per se unreasonable and

assurément prévoir un retard dans la désignation du représentant du ministre ». Ils affirment que cela ressort des paragraphes 114 à 120 des motifs du juge Lemieux :

L'avocat de M. Harkat n'a pas soumis de preuve directe au sujet de la question de savoir si son client allait être renvoyé dans un délai raisonnable. Il s'est plutôt fondé sur le fait qu'à compter de la date à laquelle il avait présenté ses observations préliminaires à l'ASFC [l'Agence des services frontaliers du Canada] au sujet de la demande d'avis visée à l'alinéa 115(2)(b), il s'était écoulé six mois avant que l'ASFC soumette son mémoire au représentant du ministre en vue d'obtenir un avis favorable en vertu de l'alinéa 115(2)(b). Selon l'avocat de M. Harkat, la période de six mois montre que l'ASFC ne fait pas son travail en temps opportun. Cette période de six mois est à première vue déraisonnable. Elle est visée par le principe énoncé par le juge Létourneau au paragraphe 42 de l'arrêt *Almrei*, précité : M. Harkat s'est acquitté de l'obligation qui lui incombait de fournir une preuve quelconque montrant qu'il y a des motifs raisonnables de croire que le renvoi ne sera pas effectué dans un délai raisonnable. L'avocat poursuit son argument en disant qu'étant donné que M. Harkat a fourni cette preuve, il faut y répondre. La charge de la preuve est passée au gouvernement, qui n'a pas soumis de preuve en vue de justifier le délai de six mois et M. Harkat a donc le droit d'être mis en liberté.

L'avocat de M. Harkat a également dit qu'il ne sait pas à quel moment son client pourrait être renvoyé ni à quel moment le représentant du ministre rendra une décision au sujet de la question visée à l'alinéa 115(2)(b). L'avocat a toutefois reconnu que je ne devrais pas faire de conjectures sur ces deux points.

Quant à la demande d'autorisation de se pourvoir en appel devant la Cour suprême du Canada à l'encontre de la décision par laquelle la Cour d'appel fédérale a rejeté, le 6 septembre 2005, sa contestation fondée sur la Constitution, l'avocat de M. Harkat a fait valoir que le retard attribuable à cette contestation ne devrait pas militer à l'encontre de M. Harkat, qui poursuivrait une contestation fondamentale au processus en s'appuyant sur la Constitution.

Il est vrai que six mois se sont écoulés entre le moment où l'avocat de M. Harkat a soumis ses observations préliminaires à l'ASFC et le moment où l'ASFC a déposé son mémoire auprès du représentant du ministre. M^e Copeland avait transmis ses observations préliminaires à l'ASFC le 21 avril 2005, et la trousse d'information de l'ASFC destinée au représentant du ministre était datée du 21 octobre 2005.

Je ne retiens pas l'argument de l'avocat de M. Harkat selon lequel cette période de six mois est en soi déraisonnable et

constitutes *prima facie* evidence that Mr. Harkat will not be removed within a reasonable time.

In my view, the evidentiary burden had not shifted to the respondents to explain this particular delay.

I question whether the six-month timeframe is accurate because, throughout the summer of 2005, counsel for Mr. Harkat was continuously submitting additional material.

[24] During oral argument, I raised with counsel for the Ministers the issue of the extent to which reliance upon *Gordon*, was apt given that Mr. Harkat's liberty interest is at stake. It is, however, unnecessary for me to decide the question because on the evidence before me I find, as a fact, that the unexplained delay in the appointment of the Minister's delegate was a distinct departure from the circumstances which the Court could reasonably have anticipated when denying the first application for release. I reach this conclusion on the following basis.

[25] At paragraph 122 of his reasons, Mr. Justice Lemieux set out seven factors that led him to conclude that Mr. Harkat had not discharged the onus upon him to satisfy the Court that he would not be removed within a reasonable time. The second and third factors were expressed as follows:

(2) All indicators are that the CBSA is proceeding expeditiously in this matter and is not dragging its feet. It began seeking assurances from the Algerian Government in 2003. Two days after Justice Dawson's decision on the reasonableness of the security certificate, Mr. Harkat was notified a danger opinion would be sought against him and the timeframe for preliminary submissions were set and completed expeditiously;

(3) The process leading to a decision by the Minister's delegate on the section 115(b) opinion is completed. The Minister's delegate's decision is pending. I cannot speculate when the Minister's delegate's decision will be rendered. If there is unreasonable delay, Mr. Harkat can renew his application for judicial release; [Emphasis added.]

[26] The unexplained delay in the appointment of the Minister's delegate (from December 12, 2005 when Mr.

constitue une preuve *prima facie* montrant que M. Harkat ne sera pas renvoyé dans un délai raisonnable.

À mon avis, la charge de la preuve, lorsqu'il s'agit d'expliquer ce délai particulier, n'est pas passée aux défendeurs.

Je me demande si la période de six mois est exacte parce que, pendant tout l'été 2005, l'avocat de M. Harkat a continuellement soumis des éléments additionnels.

[24] Pendant la plaidoirie, j'ai demandé aux avocats des ministres dans quelle mesure il y avait lieu de s'appuyer sur *Gordon*, étant donné qu'en l'espèce la liberté de M. Harkat était en jeu. Il n'est toutefois pas nécessaire que je tranche cette question puisque, sur la foi de la preuve dont je suis saisie, je tire comme conclusion de fait que le délai inexpliqué dans la désignation du représentant du ministre constituait une situation nettement différente de ce que la Cour pouvait raisonnablement prévoir lorsqu'elle a rejeté la première demande de mise en liberté. Je vais maintenant exposer pourquoi j'en suis venue à cette conclusion.

[25] Au paragraphe 122 de ses motifs, le juge Lemieux a énoncé sept facteurs l'ayant mené à conclure que M. Harkat ne s'était pas acquitté de l'obligation lui incombant de convaincre la Cour qu'il ne serait pas renvoyé dans un délai raisonnable. Voici les deuxième et troisième de ces facteurs :

2) Tous les indicateurs montrent que l'ASFC agit avec célérité dans cette affaire et qu'elle ne laisse pas les choses traîner en longueur. En effet, en 2003, l'ASFC a commencé à demander des garanties au gouvernement algérien. Deux jours après que la juge Dawson eut rendu sa décision sur le certificat de sécurité, M. Harkat a été avisé qu'un avis de danger serait demandé à son encontre, le délai de dépôt des observations préliminaires a été fixé et il y a été donné suite rapidement;

3) Le processus menant à une décision du représentant du ministre sur l'avis visé à l'alinéa 115b) a été mené à bonne fin. La décision du représentant du ministre est pendante. Je ne puis faire de conjectures au sujet du moment où le représentant rendra sa décision. Si le délai est déraisonnable, M. Harkat peut renouveler sa demande de mise en liberté; [Non souligné dans l'original.]

[26] Le délai inexpliqué dans la désignation du représentant du ministre (aux environs du 7 mars 2006,

Harkat's final submission was made until sometime around March 7, 2006) and the consequent failure of the delegate to begin to consider his decision until sometime around mid-March are facts that are inconsistent with Justice Lemieux's conclusions that the authorities were "proceeding expeditiously in this matter" and "[t]he Minister's delegate's decision is pending."

[27] I am therefore satisfied that if the delay in appointing a delegate and the resultant delay in considering whether Mr. Harkat may be removed from Canada were known in December of 2005, the decision of Mr. Justice Lemieux may well have been different. It must be remembered that unless the Minister grants a request made by Mr. Harkat to leave Canada to go to a country of his choice that is prepared to accept him, or unless Mr. Harkat is released from incarceration by this Court, Mr. Harkat must remain in detention until he is removed from Canada. The delay in proceeding with the subsection 115(2) opinion is, therefore, significant because, as Mr. Justice Lemieux noted at paragraph 74 of his reasons, any unreasonable delay by the authorities that unduly and unjustifiably prolongs the detention of a person is a violation of that person's constitutionally guaranteed right to liberty and security of the person.

[28] Accordingly, Mr. Harkat has established, by way of new evidence, a substantial change in circumstances since the previous application.

[29] I now turn to the second issue.

HAS MR. HARKAT MET THE ONUS UPON HIM TO ESTABLISH THAT HE WILL NOT BE REMOVED FROM CANADA WITHIN A REASONABLE TIME?

(i) Applicable Principles of Law

[30] In *Almrei*, the Federal Court of Appeal set out a number of legal principles applicable to proceedings under subsection 84(2) of the Act. The principles that are relevant to the evidence before me are as follows:

alors que M. Harkat a présenté ses observations finales le 12 décembre 2005) et le défaut du représentant, par conséquent, de commencer à envisager sa décision avant la mi-mars environ contredisent les conclusions du juge Lemieux selon lesquelles les autorités agissaient « avec célérité dans cette affaire » et « [l]a décision du représentant du ministre est pendante ».

[27] Je suis donc convaincue que la décision du juge Lemieux aurait bien pu être différente si on avait su en décembre 2005 qu'il y aurait retard dans la désignation d'un représentant, puis par conséquent retard dans l'examen de la question du renvoi du Canada de M. Harkat. Il faut se rappeler à cet égard que M. Harkat doit demeurer en détention jusqu'à son renvoi du Canada, à moins que le ministre n'accède à une demande de sa part de quitter le Canada à destination d'un pays de son choix prêt à l'accueillir, ou à moins encore que la Cour ne décide de le mettre en liberté. Le délai dans la procédure relative à l'avis aux fins du paragraphe 115(2) a, par conséquent, un caractère important puisque, comme le juge Lemieux l'a signalé au paragraphe 74 de ses motifs, tout délai déraisonnable de la part des autorités qui prolonge indûment la détention d'une personne constitue une violation du droit constitutionnel à la liberté et à la sécurité de cette personne.

[28] M. Harkat a donc établi, au moyen d'une nouvelle preuve, l'existence d'un changement important de la situation depuis sa demande antérieure.

[29] Je vais examiner maintenant la deuxième question.

M. HARKAT S'EST-IL ACQUITTÉ DE L'OBLIGATION LUI INCOMBANT D'ÉTABLIR QU'IL NE SERA PAS RENVOYÉ DU CANADA DANS UN DÉLAI RAISONNABLE?

i) Principes de droit applicables

[30] Dans *Almrei*, la Cour d'appel fédérale a énoncé un certain nombre de principes juridiques applicables à la procédure en application du paragraphe 84(2) de la Loi. Les principes pertinents à l'égard de la preuve dont je suis saisie sont les suivants :

1. Time and the behavior of the parties are of the essence to the subsection 84(2) application (paragraph 5).

2. The purpose of subsection 84(2) is to ensure that due diligence will be exercised by the Minister in removing a foreign national detained for security purposes (paragraph 28).

3. The onus of proof is upon the person seeking release, and the burden must be discharged upon a balance of probabilities (paragraph 39).

4. A subsection 84(2) application requires the judge to determine whether the foreign national will be removed from Canada “within a reasonable time.” The concept of “removal within a reasonable time” requires a measurement of the time elapsed from the time the security certificate was found to be reasonable, and an assessment of whether that time is such that it leads to the conclusion that removal will not occur within a reasonable time (paragraph 55).

5. The judge must consider any delay in removal and the causes of the delay. Judicial remedies must be pursued diligently and in a timely fashion. This also applies to the Ministers’ responses and to the judicial hearing of the application for release. Subsection 84(2) of the Act “authorizes a judge to discount, in whole or in part, the delay resulting from proceedings resorted to by an applicant that have the precise effect of preventing compliance by the Crown with the law within a reasonable time.” Put another way, where an applicant tries to prevent his removal and delay ensues as a result, he can not complain that his removal has not occurred within a reasonable time, unless the delay is unreasonable or inordinate and not attributable to him (paragraphs 57 and 58).

6. A forward-looking and future-oriented test is used. Evidence must be provided that indicates the applicant will not be removed within a reasonable time. If credible and compelling evidence of an imminent removal is produced, the conditions of detention and the time already served lose much of their significance (paragraph 81).

1. Les délais et les agissements des parties sont une question essentielle lors d’une demande en application du paragraphe 84(2) (paragraphe 5).

2. Le paragraphe 84(2) a pour objet d’assurer que le ministre fera preuve de diligence dans le renvoi d’un ressortissant étranger détenu pour des motifs de sécurité (paragraphe 28).

3. La charge de la preuve incombe à la personne qui demande sa mise en liberté et la norme de preuve applicable est celle de la prépondérance des probabilités (paragraphe 39).

4. Lors d’une demande en vertu du paragraphe 84(2), le juge doit décider si l’étranger sera renvoyé du Canada dans un « délai raisonnable ». La notion de renvoi dans un « délai raisonnable » exige qu’un certain temps se soit écoulé depuis le moment où le certificat de sécurité a été déclaré raisonnable et l’application de la question de savoir si le délai est tel qu’il faut conclure que le renvoi n’aura pas lieu dans un délai raisonnable (paragraphe 55).

5. Le juge doit tenir compte du délai et en examiner les causes. Les demandes de réparations judiciaires doivent être présentées avec diligence et en temps utile. Il en va de même pour les réponses du ministre et l’audition de ces demandes par la Cour. Le paragraphe 84(2) de la Loi « autorise un juge à ne pas tenir compte, en tout ou en partie, du délai résultant d’une procédure amorcée par le demandeur qui a pour effet précis d’empêcher la Couronne d’appliquer la loi dans un délai raisonnable ». En d’autres termes, lorsqu’un demandeur tente d’empêcher son renvoi du Canada et qu’un délai s’en suit, il ne peut se plaindre que ce renvoi n’a pas eu lieu dans un délai raisonnable, sauf si le délai est déraisonnable ou excessif pour des raisons qui ne relèvent pas de lui (paragraphes 57 et 58).

6. Le critère applicable en est un qui vise l’avenir. Il faut une preuve que le demandeur ne sera pas renvoyé dans un délai raisonnable. Si une preuve crédible et concluante d’un renvoi imminent est produite, la durée de la détention, ainsi que les conditions de celle-ci, perdent beaucoup de leur importance (paragraphe 81).

7. The length of the past detention is relevant only to the extent that the history of events may cast doubt on the reliability of the assertion and evidence submitted that the moment of removal is close at hand (paragraph 82).

[31] These principles are to be seen in the context that the security certificate procedure established under the Act was intended to provide a constitutionally valid mechanism for the summary removal from Canada of non-citizens viewed to present a danger to Canada's security. The right to remove non-citizens is consistent with jurisprudence of the Supreme Court of Canada such as *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711 where, at page 733, the Court stated "[t]he most fundamental principle of immigration law" to be that "non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in the country." The Court went on to quote from its earlier decision in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, where it stated at page 834 that "[t]he Government has the right and duty to keep out and to expel aliens from this country if it considers it advisable to do so." This principle was recently restated by the Supreme Court in *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539, at paragraph 10.

[32] However, in recent years this process has not been particularly summary in nature. Thus, in *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 270 F.T.R. 1 (F.C.), my colleague Madam Justice Layden-Stevenson concluded in an application for release brought by Mr. Almrei that he had met the onus to establish that he would not be removed from Canada within a reasonable period of time. A similar conclusion had been reached in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub* (2005), 270 F.T.R. 101 (F.C.).

[33] It is, therefore, perhaps salutary to repeat that the purpose of subsection 84(2) of the Act is to ensure that due diligence will be exercised by the Minister's officials with respect to removal of non-citizens detained

7. La durée de la détention antérieure n'est pertinente que dans la mesure où l'historique des événements peut soulever un doute sur la fiabilité de l'affirmation et la preuve soumise selon laquelle le renvoi est imminent (paragraphe 82).

[31] Pour bien comprendre ces principes, il faut se rappeler en guise de contexte qu'on a voulu, en établissant dans la Loi la procédure des certificats de sécurité, se doter d'un mécanisme valide au plan constitutionnel qui permette le renvoi sommaire du Canada des non-citoyens considérés constituer un danger pour la sécurité du pays. Le droit de renvoyer des non-citoyens est conforme à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, comme l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711 où, à la page 733, la Cour a déclaré que le « principe le plus fondamental du droit de l'immigration veut que les non-citoyens n'aient pas un droit absolu d'entrer au pays ou d'y demeurer ». La Cour a ensuite cité un passage de sa propre décision antérieure *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, où elle avait déclaré à la page 834: « Le gouvernement a le droit et le devoir d'empêcher des étrangers d'entrer dans notre pays et d'en expulser s'il le juge à propos ». La Cour suprême a d'ailleurs récemment réitéré ce principe dans *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, au paragraphe 10.

[32] Ces dernières années, toutefois, le processus en cause n'a pas été de caractère particulièrement sommaire. Ainsi, dans *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1645, ma collègue la juge Layden-Stevenson a conclu dans le cadre d'une demande de mise en liberté que M. Almrei s'était acquitté de l'obligation d'établir qu'il ne serait pas renvoyé du Canada dans un délai raisonnable. On en est arrivé à une conclusion semblable dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mahjoub*, 2005 CF 1596.

[33] Il importe sans doute par conséquent de répéter ici que le paragraphe 84(2) a pour objet d'assurer que les agents du ministre feront preuve de diligence raisonnable dans le renvoi de non-citoyens détenus pour

for reasons of security and that unreasonable delay that unjustifiably and unduly prolongs detention is a violation of constitutionally guaranteed rights.

[34] Before turning to the application of these principles to the evidence before the Court, it is important to stress that this second application for release must not be a collateral attack upon, or a disguised appeal from, the Court's decision on the first application. No appeal was taken from that decision, and during oral argument counsel for Mr. Harkat conceded that "we would not succeed on an appeal of Justice Lemieux's decision, on his finding of reasonableness."

[35] The issue now before the Court is whether, at this time, on the evidence presently before the Court, Mr. Harkat has met the onus upon him to satisfy the pre-conditions for release contained in subsection 84(2) of the Act.

[36] My analysis of this issue will consider:

- the length of detention
- any delay in removal and the cause of that delay
- the forward-looking nature of the test

(ii) The Length of Detention

[37] Mr. Harkat has been detained since December 10, 2002. More than a year has elapsed since March 22, 2005, when the security certificate was found to be reasonable and it became a removal order.

(iii) Any Delay and the Cause of that Delay

[38] The procedural history of this matter was reviewed at paragraphs 4-22 of the reasons given for finding the security certificate to be reasonable. A further review of the procedural history is found at paragraph 52 of the Court's reasons reported as *Harkat (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 416 (F.C.). This history shows that

des motifs de sécurité et qu'un délai qui prolonge indûment une détention enfreint des droits garantis par la constitution.

[34] Avant de nous pencher sur l'application de ces principes à la preuve soumise à la Cour, il importe de rappeler que la deuxième demande de mise en liberté à l'examen ne doit pas constituer une attaque indirecte, ou un appel déguisé, à l'encontre de la décision de la Cour sur la première demande. On n'a pas interjeté appel de cette décision et, au cours de la plaidoirie, les avocats de M. Harkat ont concédé que leur client [TRADUCTION] « n'aurait pas gain de cause en appel de la décision du juge Lemieux, quant à sa conclusion sur le caractère raisonnable ».

[35] La question que la Cour doit trancher en l'espèce est celle de savoir si au présent stade, au vu de la preuve dont la Cour est actuellement saisie, M. Harkat s'est acquitté de l'obligation lui incombant de satisfaire aux conditions préalables prévues par le paragraphe 84(2) de la Loi pour sa mise en liberté.

[36] Pour analyser cette question, je prendrai en compte :

- la durée de la détention
- tout délai dans le renvoi et la cause d'un tel délai
- le caractère prospectif du critère.

ii) La durée de la détention

[37] M. Harkat est détenu depuis le 10 décembre 2002. Plus d'une année s'est écoulée depuis que, le 22 mars 2005, le certificat de sécurité a été déclaré être raisonnable et qu'il est devenu une mesure de renvoi.

iii) Tout délai dans le renvoi et la cause d'un tel délai

[38] L'historique de la procédure dans la présente affaire a été passé en revue aux paragraphes 4 à 22 des motifs présentés pour conclure que le certificat de sécurité avait un caractère raisonnable. On a de nouveau fait état de cet historique au paragraphe 52 des motifs de la Cour sous l'intitulé *Harkat (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 416

no delay that occurred prior to the appointment in June of 2004 of Mr. Copeland as counsel for Mr. Harkat can be attributed to the Ministers. After Mr. Copeland's appointment the matter proceeded on a timely basis.

[39] I turn then to the time period from when the certificate was found to be reasonable until the present.

[40] As noted above, Mr. Harkat asserts that if he is removed to his country of nationality he will likely be tortured or killed. He has provided expert opinion evidence to support that view. The Federal Court of Appeal explained in *Almrei*, at paragraph 86, that the possibility of removal to torture or serious violation of human rights requires that "substantial procedural protections and safeguards be given" to a detained person. As the Court of Appeal detailed:

The person facing deportation to torture must be informed of the case to be met and be given an opportunity to respond to the case presented by the Minister. He or she is entitled to disclosure, subject to privilege and other lawful exceptions. He or she also has the right to present evidence both on the issue of lack of danger to the security of Canada and on the risk of torture. Consultations with other government departments and with the countries to which the person could be removed may be necessary to obtain and implement safeguards for the life and integrity of the individual whose removal is being ordered. Landing rights may have to be negotiated and obtained. In short, as both the judge in the present case and Dawson J. in the *Mahjoub* case, at paragraph 55, pointed out, "more time, rather than less, will reasonably be required to ensure that the principles of fundamental justice are not breached."

[41] In light of the required procedural protections, the need for careful consideration of all of the submissions made to the Minister's delegate, and the difficulty of the issues raised, I respectfully adopt the conclusion of my colleague Mr. Justice Lemieux that as of December 30, 2005 the time expended was not unreasonable and that as of that date the evidentiary burden had not shifted to the Ministers to explain the delay.

(C.F.). Cet historique révèle qu'aucun délai survenu avant la désignation en juin 2004 de M. Copeland comme avocat de M. Harkat ne peut être attribué aux ministres. Et après la désignation de M. Copeland, le déroulement de l'affaire s'est poursuivi avec célérité.

[39] Examinons maintenant la période s'étendant entre la déclaration du caractère raisonnable du certificat et jusqu'à présent.

[40] Comme je l'ai déjà mentionné, M. Harkat soutient qu'il risque d'être torturé ou tué si on le renvoie dans son pays de nationalité. Un expert a présenté un témoignage d'opinion au soutien de cette prétention. La Cour d'appel fédérale a expliqué dans *Almrei*, au paragraphe 86, que la possibilité de renvoi dans un pays où le détenu fait face à la torture et à des violations graves des droits de la personne exige « l'application de mesures de protection d'ordre procédural » importantes. La Cour d'appel a ensuite précisé :

La personne qui est exposée au risque d'être torturée si elle est renvoyée doit être informée de la preuve contre elle et avoir l'occasion de répondre aux arguments présentés par le ministre. Cette personne a droit à la divulgation des renseignements, sous réserve des communications privilégiées et des autres exceptions prévues par la loi. Elle a également le droit de présenter une preuve tant sur la question de l'absence de danger pour la sécurité du Canada que sur les risques de torture. Les consultations avec d'autres ministères, ainsi qu'avec les pays vers lesquels la personne serait renvoyée, peuvent être nécessaires pour obtenir et mettre en place des mesures de sécurité afin de protéger la vie et l'intégrité de l'individu dont le renvoi est ordonné. Il faudra peut-être négocier et obtenir un droit d'établissement. Bref, comme tant le juge en l'espèce que la juge Dawson dans l'affaire *Mahjoub*, au paragraphe 55, ont mentionné : « le délai raisonnable exigé pour s'assurer que les principes de justice fondamentale ont été respectés sera plus long ».

[41] Compte tenu des mesures de protection d'ordre procédural requises, de la nécessité d'examiner avec soin toutes les observations communiquées au représentant du ministre et de la difficulté des questions soulevées, je souscris respectueusement à la conclusion de mon collègue le juge Lemieux selon laquelle, en date du 30 décembre 2005, le délai n'était pas déraisonnable et le fardeau de preuve n'était pas passé aux ministres de manière à ce qu'ils aient à expliquer le délai.

[42] However, a markedly different situation exists today due to the apparent and unexplained lack of activity from at least December 12, 2005 until March 2006, when a delegate was finally appointed to exercise the Minister's discretion with respect to removal. I say "at least" as there would seem to be no reason why a delegate could not have been appointed pending receipt of the final submissions so as to be able to deal promptly with the submissions when received. I have previously found this delay to be a substantial change in circumstances from those before the Court on the first application. Considering the previously described purpose of subsection 84(2) of the Act, I find the unexplained delay is sufficient to shift the evidentiary burden to the Ministers.

[43] Before leaving this point, I also observe that since the certificate was found to be reasonable Mr. Harkat has not been the cause of any delay. As explained above, as a Convention refugee Mr. Harkat cannot, as a matter of law, be removed from Canada except at his own request or upon a decision being made pursuant to subsection 115(2) of the Act. Thus, it was the CBSA [Canada Border Services Agency] that triggered the paragraph 115(2)(b) process, as it was obliged to do if it wished to remove Mr. Harkat from Canada, by notifying Mr. Harkat of its intention to seek the Minister's opinion. Mr. Harkat has taken no legal proceeding that has prevented the CBSA from removing him within a reasonable period of time.

(iv) The Forward-Looking, Future-Orientated Test

[44] In this case, the Ministers did not produce any witness to testify with respect to the imminence of removal. In both *Mahjoub* and *Almrei*, the Ministers called the Director of Security Review of the CBSA to testify as to when the respective paragraph 115(2)(b) decisions were expected and when removal might occur if there were no legal impediments to removal.

[45] The evidence before the Court on the imminence of Mr. Harkat's removal is:

[42] La situation est toutefois sensiblement différente aujourd'hui en raison de l'arrêt du processus qu'on peut constater et qui n'est pas expliqué, tout au moins entre le 12 décembre 2005 et mars 2006, moment où l'on a finalement désigné un représentant pour l'exercice des pouvoirs discrétionnaires du ministre à l'égard du renvoi. Je dis « tout au moins », puisqu'on peut difficilement voir pourquoi un représentant n'aurait pu être désigné en attendant que les observations finales soient reçues, de manière à ce qu'il puisse examiner celles-ci dès leur réception. J'ai déjà conclu que ce délai constituait un changement important de la situation par rapport à celle prévalant lorsque la Cour était saisie de la première demande. Compte tenu alors de l'objet précédemment décrit du paragraphe 84(2) de la Loi, je conclus que ce délai inexplicé suffit pour faire passer aux ministres le fardeau de preuve.

[43] Avant de laisser cette question, je désire également faire remarquer qu'aucun délai n'est imputable à M. Harkat depuis que le certificat a été déclaré raisonnable. Comme je l'ai déjà expliqué, on ne peut, en droit, renvoyer du Canada M. Harkat du fait qu'il est un réfugié au sens de la Convention, sauf s'il le demande lui-même ou si une décision est prise en application du paragraphe 115(2) de la Loi. C'est donc l'ASFC [Agence des services frontaliers du Canada] qui a engagé le processus visé à l'alinéa 115(2)b) en avisant M. Harkat, comme elle devait le faire pour le renvoyer du Canada, de son intention de demander un avis du ministre. M. Harkat n'a par la suite engagé aucune procédure judiciaire qui ait empêché l'ASFC de procéder à son renvoi dans un délai raisonnable.

iv) Le caractère prospectif du critère

[44] En l'espèce, les ministres n'ont produit aucun témoin pour qu'il témoigne au sujet de l'imminence du renvoi. Tant dans *Mahjoub* que dans *Almrei*, les ministres avaient cité à comparaître le directeur, Examen sécuritaire, de l'ASFC pour qu'il témoigne au sujet du moment où, dans l'une et l'autre affaire, on s'attendait à ce que la décision en application de l'alinéa 115(2)b) et la mesure de renvoi soient prises s'il n'y avait pas d'empêchements juridiques au renvoi.

[45] Les éléments de preuve soumis à la Cour quant à l'imminence du renvoi de M. Harkat sont les suivants :

(i) the March 7, 2006 letter, quoted in full at paragraph 15 above, advising that the decision was anticipated in April or early May of this year.

(ii) the evidence of the Removals Manager adduced before Mr. Justice Lemieux as to how removal would be affected if the Minister's delegate endorsed the recommendation given to him that Mr. Harkat be removed to Algeria.

[46] The Federal Court of Appeal observed in *Almrei*, at paragraph 82, that the "history of events may cast doubt on the reliability of the assertion and evidence submitted that the moment of removal is close." There is a history of events before the Court that, in my respectful view, casts doubt on the reliability of the statement that the delegate's decision is expected to be completed in late April or early May. That history is found in the treatment of persons similarly situated to Mr. Harkat and in Mr. Harkat's treatment.

[47] In the case of Mr. Mahjoub, Citizenship and Immigration Canada first informed Mr. Mahjoub of its intention to seek the Minister's opinion with respect to removal on October 22, 2001. A decision was ultimately made on July 22, 2004. However, that decision was set aside by this Court on judicial review (see: *Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 334). On February 11, 2005, during a hearing of Mr. Mahjoub's application for release from detention, the Director of Security Review of the CBSA testified that once all submissions relating to paragraph 115(2)(b) of the Act were given to the Minister's delegate, approximately three months would be required to make a decision. The best case scenario was said to be that a decision would be made by the end of June 2005. Notwithstanding this evidence, the records of the Court indicate that the decision was not made until January 3, 2006. An application for judicial review of that decision is pending before this Court.

i) la lettre du 7 mars 2006, reproduite intégralement au paragraphe 15 ci-dessus, informant M. Harkat que, selon ce qu'on prévoyait, la décision serait prise en avril ou au début de mai de l'année en cours;

ii) la déposition de la directrice des renvois faite devant le juge Lemieux précisant comment s'effectuerait la mesure de renvoi si le représentant du ministre donnait suite à la recommandation qu'on lui avait faite de renvoyer M. Harkat en Algérie.

[46] Dans *Almrei*, la Cour d'appel fédérale a fait remarquer, au paragraphe 82, que « [l]'historique des événements peut soulever un doute sur la fiabilité de l'affirmation et la preuve soumise selon laquelle le renvoi est imminent ». Or, j'estime respectueusement que l'historique des événements de la présente affaire devant la Cour soulève un doute sur la fiabilité de la déclaration selon laquelle on s'attend à ce que la décision du représentant soit arrêtée à la fin avril ou en début mai. Il s'agit comme événements du traitement réservé aux personnes dans une situation semblable à celle de M. Harkat et du traitement réservé à ce dernier.

[47] Dans le cas de M. Mahjoub, Citoyenneté et Immigration Canada avait informé celui-ci pour la première fois le 22 octobre 2001 de son intention de demander avis au ministre au sujet de son renvoi. Une décision a finalement été prise le 22 juillet 2004. Cette décision a toutefois été annulée par la Cour par voie de contrôle judiciaire (*Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 334). Le 11 février 2005, pendant l'audition de la demande de mise en liberté de M. Mahjoub, le directeur, Examen sécuritaire, de l'ASFC a déclaré dans son témoignage qu'une fois toutes les communications relatives à l'alinéa 115(2)(b) de la Loi communiquées au représentant du ministre, il faudrait environ trois mois pour que la décision soit prise. Dans la meilleure des hypothèses, la décision serait ainsi prise à la fin de juin 2005. Le dossier de la Cour révèle cependant que, malgré la teneur de ce témoignage, la décision n'a finalement été prise que le 3 janvier 2006. Une demande de contrôle judiciaire de cette décision est en instance devant la Cour.

[48] With respect to Mr. Almrei, the reasons of the Federal Court of Appeal set out the following chronology:

(i) December 5, 2001, Mr. Almrei was advised that Citizenship and Immigration Canada intended to seek an opinion that he could be removed from Canada.

(ii) January 13, 2003, the Minister's delegate rendered an opinion that Mr. Almrei may be removed from Canada.

(iii) April 23, 2003, the Minister acknowledged that "serious errors" were made in forming that opinion and the Minister consented to the decision being set aside.

(iv) July 28, 2003, Mr. Almrei was told a second opinion would be sought.

(v) October 23, 2003, a second opinion concluded that Mr. Almrei could be removed from Canada.

[49] Justice Layden-Stevenson picks up the chronology in her reasons with respect to Mr. Almrei's detention review:

(vi) March 11, 2005, the second opinion of the Minister's delegate was set aside by this Court.

(vii) A third danger opinion was then sought. Submissions to the Minister's delegate were completed by Mr. Almrei on July 29, 2005. At the time Justice Layden-Stevenson's reasons were delivered on December 5, 2005, the delegate's opinion remained outstanding.

[50] On the basis of this history of events I was inclined to place little weight upon the unsworn estimate that the delegate's opinion with respect to removal would be completed by late April or early May.

[51] Then, on April 13, 2006, counsel for Mr. Harkat forwarded to the Court the contents of a letter from the CBSA that stated:

The Minister's Delegate has been fully dedicated to this task for some weeks. He has determined that, because of the volume of material, the complexity of the issues and the

[48] En ce qui concerne M. Almrei, on a établi la chronologie des événements qui suit dans les motifs de la Cour d'appel fédérale.

i) Le 5 décembre 2001, M. Almrei a été informé que Citoyenneté et Immigration Canada solliciterait un avis quant à son renvoi du Canada.

ii) Le 13 janvier 2003, le représentant du ministre a rendu un avis portant que M. Almrei pouvait être renvoyé du Canada.

iii) Le 23 avril 2003, le ministre a reconnu que de « graves erreurs » avaient été commises dans cet avis et consentait à ce que la décision soit annulée.

iv) Le 28 juillet 2003, on a informé M. Almrei qu'un deuxième avis allait être demandé.

v) Le 23 octobre 2003, on a conclu dans un deuxième avis que M. Almrei pouvait être renvoyé du Canada.

[49] La juge Layden-Stevenson a repris comme suit la chronologie des événements dans ses motifs relatifs au contrôle de la détention de M. Almrei :

vi) Le 11 mars 2005, la Cour a annulé le deuxième avis du représentant du ministre.

vii) Un troisième avis de danger a ensuite été sollicité. M. Almrei a communiqué ses dernières observations au représentant du ministre le 29 juillet 2005. Au moment où la juge Layden-Stevenson a rendu ses motifs le 5 décembre 2005, l'avis du représentant était toujours en suspens.

[50] Étant donné l'historique des événements, j'étais encline à accorder peu de poids à l'estimation sans serment selon laquelle l'avis du représentant relatif au renvoi serait complété avant la fin d'avril ou le début de mai.

[51] Puis, le 13 avril 2006, les avocats de M. Harkat ont communiqué à la Cour la teneur d'une lettre de l'ASFC dont voici un extrait :

[TRADUCTION] Le représentant du ministre s'est consacré à temps plein à cette tâche depuis quelques semaines. Il a établi qu'en raison de la quantité des documents à examiner, de la

volume of previous litigation in this case, it will take somewhat longer than anticipated to release his decision and corresponding reasons. Although our earlier estimate was for completion by late April or early May, we now estimate the completion date to be approximately the end of May.

I find on the basis of the lack of any other evidence, this advice that the delegate's decision will not be made within the time originally contemplated, and the time taken to reach such decisions in the past, that no cogent evidence of imminent removal has been put before the Court. I particularly note that notwithstanding the "best case scenario" estimate in *Mahjoub*, the decision was rendered in early January 2006 and not in June 2005 and that while submissions were completed in late July 2005 with respect to Mr. Almrei, no decision had been made by early December 2005.

(v) Conclusion

[52] Earlier, I concluded on all of the evidence that the evidentiary burden shifted to the Ministers. No credible or compelling evidence of an imminent removal was produced on behalf of the Ministers. It follows that Mr. Harkat has met the onus upon him to establish that he will not be removed from Canada within a reasonable period of time.

[53] Mr. Harkat's counsel has submitted that if the Court so concluded it would be unnecessary for the Court to deal with his late raised issue with respect to the constitutionality of subsection 84(2) of the Act. I agree, and will not deal with the issue.

HAS MR. HARKAT MET THE ONUS UPON HIM TO ESTABLISH THAT HIS RELEASE WILL NOT POSE A DANGER TO NATIONAL SECURITY OR TO THE SAFETY OF ANY PERSON?

(i) Applicable Legal Principles

[54] In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3 the Supreme Court of

complexité des questions en jeu et du long historique des procédures dans cette affaire, il lui faudra un peu plus de temps que prévu pour faire connaître sa décision et les motifs de celle-ci. Alors que nous avions préalablement estimé avoir terminé la tâche à la fin avril ou en début mai, nous fixons maintenant plutôt la fin mai environ comme date estimative.

Compte tenu de l'absence de tout autre élément de preuve, de cet avis selon lequel la décision du représentant du ministre ne sera pas prise dans le délai initialement prévu et du temps qu'il a fallu pour prendre pareilles décisions dans le passé, je conclus qu'on n'a pas présenté à la Cour une preuve forte de renvoi imminent. Je relève particulièrement que, malgré l'estimation selon la « meilleure des hypothèses » faite dans l'affaire *Mahjoub*, la décision n'avait été rendue dans ce cas qu'au début de janvier 2006 et non pas en juin 2005 et que, alors que les observations avaient toutes été communiquées à la fin de juillet 2005 dans le cas de M. Almrei, la décision à son égard n'était toujours pas rendue au début de décembre 2005.

v) Conclusion

[52] J'ai conclu précédemment que, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le fardeau de preuve n'incombait plus à M. Harkat mais plutôt aux ministres. Or, les ministres n'ont présenté aucune preuve péremptoire ou crédible d'un renvoi imminent. Il s'ensuit que M. Harkat s'est acquitté de l'obligation lui incombant d'établir qu'il ne sera pas renvoyé du Canada dans un délai raisonnable.

[53] Les avocats de M. Harkat ont soutenu que si la Cour tirait une telle conclusion, il ne lui serait alors plus nécessaire d'examiner la question soulevée tardivement par M. Harkat quant à la constitutionnalité du paragraphe 84(2) de la Loi. Comme je partage cet avis, je n'aurai pas à traiter de cette dernière question.

M. HARKAT S'EST-IL ACQUITTÉ DE L'OBLIGATION LUI INCOMBANT D'ÉTABLIR QUE SA MISE EN LIBERTÉ NE CONSTITUERA UN DANGER NI POUR LA SÉCURITÉ NATIONALE NI POUR LA SÉCURITÉ D'AUTRUI?

i) Principes de droit applicables

[54] Dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, la

Canada considered what constitutes a “danger to the security of Canada.” The Court concluded, at paragraph 85, that the phrase must be given a “fair, large and liberal interpretation in accordance with international norms.” What constitutes such a danger is “highly fact-based and political in a general sense.”

[55] The Court observed that support of terrorism abroad may harm Canada’s national security. The Court explained the basis for that conclusion at paragraph 88 of its reasons, as follows:

First, the global transport and money networks that feed terrorism abroad have the potential to touch all countries, including Canada, and to thus implicate them in the terrorist activity. Second, terrorism itself is a worldwide phenomenon. The terrorist cause may focus on a distant locale, but the violent acts that support it may be close at hand. Third, preventive or precautionary state action may be justified; not only an immediate threat but also possible future risks must be considered. Fourth, Canada’s national security may be promoted by reciprocal cooperation between Canada and other states in combatting international terrorism. These considerations lead us to conclude that to insist on direct proof of a specific threat to Canada as the test for “danger to the security of Canada” is to set the bar too high. There must be a real and serious possibility of adverse effect to Canada. But the threat need not be direct; rather it may be grounded in distant events that indirectly have a real possibility of harming Canadian security.

[56] The Court also discussed the nature of the evidence required to establish a danger to Canada’s security, at paragraphs 89 and 90, in the following terms:

While the phrase “danger to the security of Canada” must be interpreted flexibly, and while courts need not insist on direct proof that the danger targets Canada specifically, the fact remains that to return (*refouler*) a refugee under s. 53(1)(b) to torture requires evidence of a serious threat to national security. To suggest that something less than serious threats founded on evidence would suffice to deport a refugee

Cour suprême du Canada s’est penchée sur ce qui constituait un « danger pour la sécurité du Canada ». La Cour suprême a conclu, au paragraphe 85, qu’il fallait interpréter cette expression « d’une manière large et équitable, et en conformité avec les normes internationales » et que la conclusion qu’il existe ou non un danger « repose en grande partie sur les faits et ressortit à la politique, au sens large ».

[55] La Cour suprême a également fait remarquer que le soutien au terrorisme à l’étranger peut avoir un effet préjudiciable sur la sécurité nationale du Canada. La Cour suprême a expliqué comme suit, au paragraphe 88 de ses motifs, le fondement d’une telle conclusion :

Premièrement, les réseaux mondiaux de transport et de financement qui soutiennent le terrorisme à l’étranger peuvent atteindre tous les pays, y compris le Canada, et les impliquer ainsi dans les activités terroristes. Deuxièmement, le terrorisme lui-même est un phénomène qui ne connaît pas de frontières. La cause terroriste peut viser un lieu éloigné, mais les actes de violence qui l’appuient peuvent se produire tout près. Troisièmement, les mesures de prudence ou de prévention prises par l’État peuvent être justifiées; il faut tenir compte non seulement des menaces immédiates, mais aussi des risques éventuels. Quatrièmement, la coopération réciproque entre le Canada et d’autres pays dans la lutte au terrorisme international peut renforcer la sécurité nationale du Canada. Ces considérations nous amènent à conclure que serait trop exigeant un critère requérant la preuve directe d’un risque précis pour le Canada afin de décider si une personne constitue un « danger pour la sécurité du Canada ». Il doit exister une possibilité réelle et sérieuse d’un effet préjudiciable au Canada. Néanmoins, il n’est pas nécessaire que la menace soit directe; au contraire, elle peut découler d’événements qui surviennent à l’étranger, mais qui, indirectement, peuvent réellement avoir un effet préjudiciable à la sécurité du Canada.

[56] La Cour a également traité, aux paragraphes 89 et 90 de l’arrêt, de la nature de la preuve requise pour établir que la sécurité nationale du Canada est menacée :

Bien que l’expression « danger pour la sécurité du Canada » doive recevoir une interprétation souple, et que les tribunaux ne soient pas tenus d’exiger la preuve directe que la menace vise précisément le Canada, il demeure que l’al. 53(1)(b) ne permet le refoulement d’un réfugié dans un pays où il risque la torture que s’il est établi que la sécurité nationale est gravement menacée. En laissant entendre qu’un facteur

to torture would be to condone unconstitutional application of the *Immigration Act*. Insofar as possible, statutes must be interpreted to conform to the Constitution. This supports the conclusion that while “danger to the security of Canada” must be given a fair, large and liberal interpretation, it nevertheless demands proof of a potentially serious threat.

These considerations lead us to conclude that a person constitutes a “danger to the security of Canada” if he or she poses a serious threat to the security of Canada, whether direct or indirect, and bearing in mind the fact that the security of one country is often dependent on the security of other nations. The threat must be “serious”, in the sense that it must be grounded on objectively reasonable suspicion based on evidence and in the sense that the threatened harm must be substantial rather than negligible.

[57] Thus, evidence that grounds an objectively reasonable suspicion of substantial threatened harm will establish a danger to national security.

[58] To the extent possible, the Court’s conclusion with respect to danger should be based upon the public record. However, reliance upon information put before the Court in confidence by the Ministers may be necessary (see: *Almrei*, at paragraph 32).

[59] To this must be added one comment about the effect of the Court’s prior determination that the security certificate is reasonable. In *Suresh*, the Court cautioned that “danger to the security of Canada” means something more than a person being named in a security certificate as being inadmissible on grounds of security. The Court of Appeal developed this in *Almrei*, at paragraph 48, where it stated that a determination of the reasonableness of a security certificate is not determinative of the merit of the detention of the person named in the certificate, and is not a decision that is conclusive proof that the person is a danger to the security of Canada.

(ii) Mr. Harkat’s Position with Respect to Danger

[60] In oral argument, counsel for Mr. Harkat stated that “I am quite prepared to concede, based upon the

moins exigeant que de graves menaces étayées par la preuve suffirait pour expulser un réfugié dans un pays où il risque la torture, on cautionnerait l’application inconstitutionnelle de la *Loi sur l’immigration*. Dans la mesure du possible, les lois doivent recevoir une interprétation conforme à la Constitution. Ces éléments appuient la conclusion que, bien que l’expression « danger pour la sécurité du Canada » doive recevoir une interprétation large et équitable, elle exige néanmoins la preuve d’une menace potentiellement grave.

Ces considérations nous amènent à conclure qu’une personne constitue un « danger pour la sécurité du Canada » si elle représente, directement ou indirectement, une grave menace pour la sécurité du Canada, et il ne faut pas oublier que la sécurité d’un pays est souvent tributaire de la sécurité d’autres pays. La menace doit être « grave », en ce sens qu’elle doit reposer sur des soupçons objectivement raisonnables et étayés par la preuve, et en ce sens que le danger appréhendé doit être sérieux, et non pas négligeable.

[57] Ainsi, une preuve qui étaye des soupçons objectivement raisonnables d’un danger sérieux permettra d’établir qu’il y a danger pour la sécurité nationale.

[58] Dans la mesure du possible, la conclusion de la Cour relativement au danger devrait se fonder sur le dossier public. Il pourrait toutefois s’avérer nécessaire de s’appuyer sur des renseignements présentés à la Cour sous le sceau de la confidentialité par les ministres (*Almrei*, au paragraphe 32).

[59] Je dois toutefois faire un commentaire additionnel sur les effets de la déclaration antérieure par la Cour du caractère raisonnable du certificat de sécurité. Dans *Suresh*, la Cour suprême du Canada a fait la mise en garde que l’expression « danger pour la sécurité du Canada » doit s’entendre de quelque chose de plus que la simple désignation d’une personne dans un certificat de sécurité comme étant interdite de territoire pour des raisons de sécurité. La Cour d’appel a élaboré sur cette question dans *Almrei*, au paragraphe 48, en déclarant que la décision sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité n’est pas déterminante du bien-fondé de la détention de l’intéressé, et n’est pas une preuve concluante que celui-ci constitue un danger pour la sécurité du Canada.

ii) La position de M. Harkat au sujet du danger

[60] Lors de la plaidoirie, l’avocat de M. Harkat a déclaré : [TRADUCTION] « Je suis bien disposé à

findings [the Court made when determining the certificate to be reasonable] that Mr. Harkat fits within the element of danger.” However, counsel argued that Mr. Harkat could be released from incarceration upon terms and conditions that would neutralize or prevent any danger. Counsel for Mr. Harkat submits that the terms and conditions proposed by Mr. Harkat, including electronic monitoring, the payment of money into Court as security, the filing of performance bonds or guarantees, the supervision by the supervisory sureties, and Mr. Harkat’s agreement not to speak Arabic, would, subject to some “fine-tuning” by the Court, protect national security and the safety of persons. In that regard, counsel advises that Mr. Harkat agrees to abide by any conditions the Court considers to be necessary.

[61] A document entitled “Proposed Terms of Bail” was filed as an exhibit by Mr. Harkat. A verbatim copy of that document, containing all of the proposed conditions, is attached as Appendix B to these reasons.

[62] In support of Mr. Harkat’s counsel’s submission, reference was made to the experience in the United Kingdom where a number of foreign nationals, detained under the provisions of the *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* [(U.K.), 2001, c. 24], were released from incarceration on conditions. Counsel pointed to the following observation by Lord Bingham of Cornhill in *A (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, at paragraph 35:

When G, one of the appellants, was released from prison by SIAC on bail (*G v Secretary of State for the Home Department* (SC/2/2002, Bail Application SCB/10, 20 May 2004), it was on condition (among other things) that he wear an electronic monitoring tag at all times; that he remain at his premises at all times; that he telephone a named security company five times each day at specified times; that he permit the company to install monitoring equipment at his premises; that he limit entry to his premises to his family, his solicitor, his medical attendants and other approved persons; that he make no contact with any other person; that he have on his premises no computer equipment, mobile telephone or other electronic communications device; that he cancel the existing telephone link to his premises; and that he install a dedicated

concéder que, au vu des conclusions tirées [par la Cour lorsqu’elle a jugé le certificat être raisonnable], M. Harkat cadre avec l’élément du danger ». L’avocat a cependant soutenu que M. Harkat pouvait être mis en liberté à des conditions qui neutraliseraient ou empêcheraient tout danger. L’avocat de M. Harkat soutient que les conditions proposées pour M. Harkat, y compris la surveillance électronique, le versement à la Cour d’une somme à titre de cautionnement, le dépôt de garanties ou de cautionnements de bonne exécution, la surveillance par les cautions et l’engagement de M. Harkat à ne pas parler arabe, garantiraient, sous réserve de certains « ajustements » par la Cour, la sécurité nationale et la sécurité d’autrui. L’avocat ajoute à cet égard que M. Harkat convient de respecter toute condition que la Cour pourra juger nécessaire d’imposer.

[61] M. Harkat a versé au dossier comme pièce un document intitulé « Conditions proposées de la mise en liberté sous caution ». Une copie fidèle de ce document, où figurent toutes les conditions proposées, est jointe à titre d’annexe B aux présents motifs.

[62] Au soutien de sa prétention, l’avocat de M. Harkat a fait valoir qu’au Royaume-Uni, un certain nombre de ressortissants étrangers détenus en application de la *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*, [(R.-U.), 2001, ch. 24] avaient été mis en liberté sous conditions. L’avocat a particulièrement attiré l’attention sur le commentaire suivant de lord Bingham of Cornhill dans *A (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, au paragraphe 35 :

[TRADUCTION] Lorsque G, l’un des appelants, a été mis en liberté sous caution par le SIAC (*G v Secretary of State for the Home Department* (SC/2/2002, demande de mise en liberté sous caution SCB/10, 20 mai 2004), on lui a alors imposé comme conditions (notamment) qu’il porte en tout temps un dispositif de télésurveillance, qu’il demeure en tout temps dans son domicile, qu’il téléphone à une entreprise de sécurité désignée cinq fois par jour à des heures déterminées, qu’il autorise cette entreprise à installer dans son domicile du matériel de surveillance, qu’il ne reçoive dans son domicile que des membres de sa famille, son avocat, du personnel médical et d’autres personnes autorisées, qu’il ne communique avec aucune autre personne, qu’il n’ait à son domicile aucun matériel informatique, téléphone cellulaire ou autre appareil

telephone link permitting contact only with the security company. The appellants suggested that conditions of this kind, strictly enforced, would effectively inhibit terrorist activity. It is hard to see why this would not be so. [Emphasis added.]

[63] Counsel for Mr. Harkat also argues that:

(i) The conditions proposed by Mr. Harkat are more stringent than those the Court imposed upon Mr. Charkaoui who was also detained pursuant to a security certificate (see *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 F.C.R. 389 (F.C.)).

(ii) Unlike Mr. Mahjoub, who was not released from incarceration, Mr. Harkat has agreed to abide by any terms and conditions the Court might impose.

(iii) There is a warm and close relationship between Mr. Harkat, his wife and his mother-in-law such that he would be influenced by the fact that his mother-in-law is placing a major portion of her life's savings at risk and he would not do anything to jeopardize that trust or those funds.

(iii) The Ministers' Position with Respect to Danger

[64] The Ministers argue that no terms or conditions would be appropriate to protect Canadian society because of the nature and extent of Mr. Harkat's prior involvement with terrorism and because he has lied to, and continues to lie to, the Court.

[65] As to the adequacy of the sureties: Mrs. Harkat and her mother are said by the Ministers to lack objectivity; Mrs. Harkat is said to be uninformed about her husband's past life; and Madam Brunette is said to be an apologist about Mr. Harkat's willingness to lie. While the additional sureties are acknowledged to be well-meaning, they are also described by counsel as: unfamiliar with Mr. Harkat so as to be unable to give any reasonable assurance to the Court that he would comply with any terms and conditions of release;

de communications électroniques, qu'il mette fin à la liaison téléphonique en service dans son domicile et qu'il fasse installer une ligne téléphonique spécialisée ne permettant les communications qu'avec l'entreprise de sécurité. Les appelants ont laissé entendre que des conditions de ce type, si elles sont strictement appliquées, réussiraient à empêcher toute activité terroriste. Il est difficile d'imaginer, j'en conviens, pourquoi il n'en serait pas ainsi. [Non souligné dans l'original.]

[63] L'avocat de M. Harkat soutient également ce qui suit :

i) Les conditions proposées par M. Harkat sont plus rigoureuses que celles imposées par la Cour à M. Charkaoui, qui était également détenu en vertu d'un certificat de sécurité (*Charkaoui (Re)*, [2005] 3 R.C.F. 389 (C.F.)).

ii) Contrairement à Mahjoub, qui n'a pas été mis en liberté, M. Harkat a convenu de respecter toute condition que la Cour pourrait lui imposer.

iii) La relation entre M. Harkat, son épouse et sa belle-mère est étroite et chaleureuse; ainsi, le fait que sa belle-mère a risqué pour lui une grande part de ses économies influencerait sur M. Harkat, qui ne voudrait pas mettre en péril cet argent non plus que la confiance qu'on a mise en lui.

iii) La position des ministres au sujet du danger

[64] Les ministres soutiennent que nulles conditions ne permettraient de protéger la société canadienne, en raison de la nature et de l'ampleur de l'implication antérieure de M. Harkat dans le terrorisme et parce que ce dernier a menti et continue de mentir à la Cour.

[65] Pour ce qui est du caractère adéquat des cautions, les ministres affirment que M^{me} Harkat et sa mère manquent d'objectivité, que M^{me} Harkat n'est pas au fait des agissements passés de son mari et que M^{me} Brunette trouve des excuses à la propension au mensonge de M. Harkat. Même si les avocats des ministres reconnaissent que les autres cautions sont bien intentionnées, ils disent également qu'elles ne connaissent pas assez bien M. Harkat pour pouvoir assurer de manière raisonnable à la Cour qu'il se conformerait à l'une ou l'autre condition

unprepared to supervise Mr. Harkat; too busy; naïve; and inappropriately dismissive of the Court's credibility findings in respect of Mr. Harkat.

[66] The effectiveness of any electronic monitoring equipment is said to have been undermined by evidence given publicly by a representative of the company that provides such monitoring equipment.

[67] Finally, the Ministers rely upon the opinions of P.G. (an employee of the Canadian Security Intelligence Service (Service)) and Dr. Marc Sageman (formerly a case officer of the CIA in Afghanistan from 1987 to 1989, now a forensic psychiatrist) to argue that:

(i) Individuals who have attended training camps or have independently opted for radical Islam must be considered to be threats to Canadian public safety for the indefinite future.

(ii) The Service believes that Islamic extremists will rejoin their terrorist networks upon release.

(iii) The Service believes that while in detention Mr. Harkat has had the continued support of friends who are associated with Islamic extremism. This continued support is said to form part of the "group dynamics" which Dr. Sageman assesses to be necessary in order to sustain the motivation to engage in terrorism.

(iv) Would Mr. Harkat's Release Pose a Danger to National Security or to the Safety of Any Person?

[68] As noted above, through the submissions of his counsel, Mr. Harkat has conceded this to be the case if he is released without terms and conditions being imposed upon him. However, being mindful that: (i) Mr. Harkat has not had access to the confidential information; (ii) as a matter of law, the determination that a security certificate is reasonable is not determinative of the issue of danger; and (iii) the

de sa mise en liberté, qu'elles ne sont pas prêtes à surveiller M. Harkat, qu'elles sont trop naïves et occupées et qu'elles font fi de manière inconsidérée des conclusions de la Cour au sujet de la crédibilité de M. Harkat.

[66] Les ministres soutiennent également que le témoignage public d'un représentant de l'entreprise qui fournit l'équipement de surveillance électronique a soulevé un certain doute quant à l'efficacité de cet équipement.

[67] Les ministres se fondent finalement sur les opinions de P.G. (un employé du Service canadien du renseignement de sécurité (le Service)) et du D' Marc Sageman (officier traitant de la CIA en Afghanistan de 1987 à 1989 et actuellement psychiatre judiciaire) pour faire valoir ce qui suit.

ii) Les personnes qui ont pris part à des camps d'entraînement ou qui ont choisi de leur propre initiative d'adhérer à l'islamisme radical doivent être considérées constituer une menace pour la sécurité publique au Canada dans un avenir indéterminé.

ii) Le Service croit que les islamistes extrémistes reprendront contact avec les réseaux terroristes une fois mis en liberté.

iii) Le Service croit que M. Harkat a bénéficié du soutien d'amis liés à l'islamisme extrémiste tout au long de sa détention. Ce soutien soutenu serait un élément de la « dynamique de groupe » que le D' Sageman estime être nécessaire pour maintenir la volonté de se livrer au terrorisme.

iv) La mise en liberté de M. Harkat constituerait-elle un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui?

[68] Comme je l'ai déjà dit, M. Harkat a concédé, par l'entremise de ses avocats, que tel serait bien le cas s'il était mis en liberté sans qu'on lui impose de conditions. Il faut toutefois se rappeler i) que M. Harkat n'a pas eu accès aux renseignements confidentiels, ii) qu'en droit, la décision portant que le certificat de sécurité est raisonnable ne règle pas la question du danger et iii) que la norme de preuve applicable à une demande de mise

standard of proof on an application for release is proof on a balance of probabilities, I have reviewed the confidential information contained in the original security intelligence report and in the confidential document entitled "Information Pertaining to the Application for Release by Mohamed Harkat Pursuant to Section 84 of the Immigration and Refugee Protection Act." Having considered the sources of all of that confidential information, the reliability of those sources, and the extent to which the confidential information is corroborated by independent sources, I am satisfied that Mr. Harkat's release without the imposition of any term or condition would pose a threat to national security or to the safety of any person. For example, unchecked, Mr. Harkat would be in a position to recommence contact with members of the Islamic extremist network.

(v) Can such Danger be Neutralized or Contained by the Use of Sureties and the Imposition of Conditions?

[69] Consideration of this issue requires close attention to: (i) the exact nature of the acts it is believed that Mr. Harkat could engage in that would pose a danger to national security or to the safety of any person; (ii) the precise nature of the threat that would result from those acts; and (iii) why it is believed that conditions would be inadequate to neutralize or contain that threat.

[70] Except as referred to in paragraph 68, to this point these reasons have been based only upon evidence and submissions given in public. However, it is now necessary to deal with the evidence and submissions received from the Ministers *in camera* and in the absence of Mr. Harkat. In an effort to redact as little information as possible from these reasons, where information must be kept confidential in order to protect national security, the information will be contained in an endnote. The entire series of endnotes will be kept confidential and will be set out in a confidential schedule attached to a second order to be issued on or before June 2, 2006. These public reasons and the accompanying order are released at this time in order to reduce delay, recognizing that in order to allow time for

en liberté est celle de la prépondérance des probabilités. J'ai passé en revue, en ayant ces éléments à l'esprit, les renseignements confidentiels figurant dans le rapport secret en matière de sécurité original ainsi que le document confidentiel intitulé [TRADUCTION] « Renseignements relatifs à la demande de mise en liberté présentée par Mohamed Harkat en application de l'article 84 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés ». Compte tenu des sources de ces renseignements confidentiels, de la fiabilité de ces sources et de la corroboration de ces renseignements confidentiels par des sources indépendantes, je suis convaincue que la mise en liberté de M. Harkat sans que des conditions soient imposées constituerait un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui. S'il n'était pas surveillé, par exemple, M. Harkat serait en mesure de reprendre contact avec des membres du réseau islamiste extrémiste.

v) Peut-on neutraliser ou contrecarrer un tel danger en recourant à des cautions et en imposant des conditions?

[69] L'examen de cette question nécessite de porter une attention étroite aux éléments suivants : i) la nature précise des actes auxquels, croit-on, M. Harkat pourrait se livrer et qui constitueraient un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui, ii) la nature précise du danger qu'occasionneraient ces actes et iii) les raisons pour lesquelles on croit qu'imposer des conditions ne permettrait pas de neutraliser ou de contrecarrer ce danger.

[70] Les présents motifs ne se fondaient jusqu'à maintenant, sauf pour ce qui a été dit au paragraphe 68, que sur des éléments de preuve et des observations présentées publiquement. Il sera toutefois maintenant nécessaire de prendre en compte les éléments de preuve et observations communiqués par les ministres à huis clos en l'absence de M. Harkat. En vue d'expurger le moins possible de renseignements des présents motifs, lorsqu'il faudra préserver le caractère confidentiel de renseignements pour protéger la sécurité nationale, ceux-ci figureront dans une note en fin de texte. Toutes les notes de fin de texte demeureront confidentielles et seront consignées dans une annexe confidentielle jointe à une deuxième ordonnance devant être rendue d'ici le 2 juin 2006. Les présents motifs publics et l'ordonnance

the terms and conditions to be complied with some further time will elapse before Mr. Harkat is released.

[71] The testimony I received in confidence was clear as to the nature of the acts it is believed Mr. Harkat could engage in that would pose a danger to national security.¹

[72] The nature of the danger or threat that would result from those acts was also described in some detail.²

[73] However, in my view, there was also evidence or considerations that diminished the likelihood of the act and resultant threat occurring³ or that substantially diminished the cogency of the stated fear that Mr. Harkat would commit such acts.⁴

[74] Weighing the evidence that supports the concerns of the Ministers against the evidence that diminishes the cogency of those concerns, I conclude for a number of reasons that the danger posed by Mr. Harkat's release from incarceration cannot be contained or neutralized through the imposition of the terms and conditions that he has proposed. Some of those reasons follow.

[75] First, at paragraph 113 of my reasons for finding the security certificate to be reasonable, I wrote:

Even without finding Mr. Harkat's testimony to be implausible and incredible on the three material points set out above, on the basis of the confidential information it is clear and beyond doubt that Mr. Harkat lied under oath to the Court in several important respects, including his denials that he:

- (i) knowingly supported or assisted Islamic extremists;
- (ii) assisted Islamic extremists who have come to Canada;
- (iii) was associated with Abu Zubaida;
- (iv) was in Afghanistan; and
- (v) lived in Peshawar. [Footnote omitted.]

[76] I remain convinced that throughout this proceeding Mr. Harkat's testimony to the Court has been untruthful on a number of significant points.⁵ Thus,

qui les accompagne sont publiés maintenant afin de réduire le délai, étant donné que pour veiller à ce que les conditions soient respectées davantage de temps devra s'écouler avant que M. Harkat soit mis en liberté.

[71] Le témoignage que j'ai entendu sous le sceau de la confidentialité était clair quant à la nature des actes auxquels, croit-on, M. Harkat pourrait se livrer et qui constitueraient un danger pour la sécurité nationale¹.

[72] On a également décrit en détail la nature du danger ou de la menace qui découlerait de ces actes².

[73] Il y avait aussi à mon avis, toutefois, des éléments de preuve ou des facteurs rendant moins probables la perpétration de tels actes et la menace qui en résulte³ ou faisant perdre beaucoup de sa force à la crainte exprimée de voir M. Harkat commettre de tels actes⁴.

[74] Après avoir mis en balance les sujets d'inquiétude des ministres et la preuve venant atténuer ceux-ci, je conclus pour un certain nombre de raisons que le danger occasionné par la mise en liberté de M. Harkat ne peut être contrecarré ou neutralisé en imposant les conditions que ce dernier a proposées. Je vais maintenant exposer certains de ces motifs.

[75] Premièrement, au paragraphe 113 des motifs pour lesquels j'ai conclu que le certificat de sécurité était raisonnable, j'ai écrit ce qui suit :

Alors même qu'on ne conclurait pas à l'in vraisemblance du témoignage de M. Harkat sur les trois points importants précités, il ressort très nettement de renseignements confidentiels que M. Harkat, qui témoignait sous serment, a menti à la Cour sur plusieurs points importants, notamment lorsqu'il a nié :

- i) avoir sciemment soutenu ou aidé des extrémistes islamiques;
- ii) avoir aidé des extrémistes islamiques arrivés au Canada;
- iii) avoir entretenu des liens avec Abu Zubaida;
- iv) s'être trouvé en Afghanistan; et
- v) avoir séjourné à Peshawar. [Note de bas de page omise.]

[76] Je demeure convaincue que, tout au long de la présente instance, le témoignage de M. Harkat devant la Cour était mensonger sur diverses questions d'import-

any terms and conditions for release must be based upon something other than Mr. Harkat's assumed good faith or trustworthiness. This militates, in my view, against terms and conditions such as that proposed that would allow him to remain in his residence alone with unrestricted access to visitors, and that would allow him to leave his residence at will from 8:00 a.m. to 9:00 p.m. every day, albeit with a surety.

[77] Second, Mr. Harkat's situation must be considered in the light that he is subject to a removal order and thus is liable to be removed from Canada if the Minister's delegate so decides. The possibility of removal at some future point in time requires, in my view, that any release be carefully monitored. This militates against terms and conditions that would allow Mr. Harkat to leave the residence daily to travel to any location within a defined portion of the Ottawa region, again albeit with a surety. Of specific concern is whether those locations would be consistent with effective electronic monitoring.

[78] Third, I share the concern expressed by counsel for the Ministers as to the effectiveness of any supervision of Mr. Harkat on the part of Ms. Squires and Messrs. Skerritt and Bush. Ms. Squires has only met Mr. Harkat three times. Each time they met at the Ottawa Carleton Detention Centre, twice before the first application and once since then. Mr. Skerritt has only met Mr. Harkat twice. Both occasions were in 2005, while Mr. Harkat was in detention. Generally those visits were said to last about 15 minutes. Mr. Bush's evidence in chief was as follows:

Q. And you indicated in your evidence—I do not think you professed to it, but you spent a lot of time in the company of Mr. Harkat?

A. No.

Q. But you did spend some time in his company?

A. I've spent—I met him at the Detention Centre on one occasion for a half hour.

tance⁵. Dès lors, on ne peut assortir la mise en liberté de M. Harkat de conditions en prenant pour acquis la bonne foi ou l'honnêteté de ce dernier. À mon avis, cela milite à l'encontre de conditions telles que celles proposées qui lui permettraient d'être seul dans son domicile et d'y recevoir des visiteurs sans restriction, et de quitter son domicile entre 8 h et 21 h chaque jour à volonté, en étant toutefois accompagné d'une caution.

[77] Deuxièmement, il faut tenir compte du fait qu'une mesure de renvoi a été prise contre M. Harkat et que ce dernier est donc susceptible d'être renvoyé du Canada si le représentant du ministre en décide ainsi. La possibilité d'un renvoi dans l'avenir requiert, selon moi, que des mesures de surveillance étroite accompagnent la mise en liberté. Ces facteurs militent à l'encontre de conditions aux termes desquelles M. Harkat pourrait quitter son domicile chaque jour pour se rendre en tout lieu se trouvant dans une partie délimitée de la région d'Ottawa, en étant toutefois accompagné, encore une fois, d'une caution. Un sujet d'inquiétude particulier à cet égard, c'est la question de savoir si une surveillance électronique efficace peut être effectuée dans ces lieux.

[78] Troisièmement, je partage l'inquiétude exprimée par les avocats des ministres quant à l'efficacité de la surveillance de M. Harkat par M^{me} Squires et MM. Skerritt et Bush. M^{me} Squires n'a rencontré M. Harkat qu'en trois occasions, toujours au Centre de détention d'Ottawa-Carleton. Elle l'a rencontré deux fois avant la première demande et une fois par la suite. Pour sa part, M. Skerritt n'a rencontré M. Harkat qu'en deux occasions, en 2005, pendant la détention de ce dernier. Ces visites auraient, en général, duré environ 15 minutes chacune. Voici un extrait du témoignage de M. Bush en interrogation principal.

[TRADUCTION]

Q. Et, vous avez mentionné dans votre témoignage—je ne crois pas que vous l'avez fermement déclaré—, mais avez-vous passé beaucoup de temps avec M. Harkat?

R. Non.

Q. Mais vous avez bien passé un certain temps en sa compagnie?

R. J'ai passé—je l'ai vu une fois au centre de détention pendant une demi-heure.

Q. And that is it in total?

A. Yes.

[79] Additionally, each of these sureties has a busy life. Mr. Skerritt, for example, stated on cross-examination:

Q. You said in your testimony that you would, in terms of the schedule and coordination with Leonard Bush and with Ms. Jessica Squires, that you would aim to have every day covered; is that correct?

A. That is correct.

Q. So despite those aims, there might be certain days when you would not have coverage; is that right?

A. Well, what I said is that there is the possibility that among three people, you know, there is the possibility that a day may be missed. But what I am saying is the objective would be to provide every day coverage, yes.

[80] The three sureties have, as appears from Ms. Squires' testimony, had little detailed discussion about how they would coordinate their responsibilities. She testified:

Q. You indicated that you had some discussions with Mr. Skerritt and Mr. Bush pertaining to your coordination with respect to Sureties.

I understood you to say that the discussions were not detailed; is that correct?

A. Yes.

Q. And those discussions would have taken place before the last Application for Bail; is that correct?

A. We had some conversations before the last bail hearing, but not much. It was—

These conversations that I am referring to have happened since the last Bail Application.

Q. Have happened since?

A. Yes.

Q. And despite the fact they have happened since, they still have not been very detailed; is that correct?

Q. Et c'est tout?

R. Oui.

[79] En outre, chacune de ces cautions est très occupée. M. Skerritt, par exemple, a déclaré ce qui suit pendant son contre-interrogatoire :

[TRADUCTION]

Q. Vous avez dit dans votre témoignage que vous allez viser avec M. Leonard Bush et M^{me} Jessica Squires, pour ce qui est d'établir un calendrier et de coordonner vos efforts, à ce que chaque jour soit couvert. Est-ce exact?

R. C'est exact.

Q. Mais malgré votre dessein, certains jours pourraient ne pas être couverts, n'est-ce pas?

R. Bien, ce que j'ai dit, c'est qu'il est possible que, trois personnes étant concernées, il est toujours possible que ça ne fonctionne pas une journée. Je dis cependant que notre objectif, c'est bien de couvrir chaque journée.

[80] Les trois cautions, tel qu'il ressort du témoignage de M^{me} Squires, n'ont pas eu de discussions élaborées sur la façon dont elles coordonneraient leurs responsabilités :

[TRADUCTION]

Q. Vous avez dit avoir discuté avec M. Skerritt et M. Bush de la coordination de vos responsabilités comme caution.

Je crois avoir compris que ces discussions n'ont pas été très élaborées. Est-ce bien le cas?

R. Oui.

Q. Et ces discussions ont eu lieu avant la dernière demande de mise en liberté sous caution. Est-ce exact?

R. Nous avons eu des discussions, mais pas très longues, avant la dernière enquête sur le cautionnement. C'était—

Les discussions dont je parle se sont déroulées après la dernière demande de mise en liberté sous caution.

Q. Elles se sont déroulées après?

R. Oui.

Q. Et bien qu'elles se soient déroulées après cette demande, elles n'étaient toujours pas très élaborées. Est-ce exact?

A. That is correct.

[81] In sum, while I accept that these three individuals are well-meaning and motivated by genuine concern, I find that they have had insufficient connection with Mr. Harkat to enable them to provide any real assurance to the Court that Mr. Harkat can and will comply with conditions of release. Further, I am not satisfied as to their objectivity or that their genuine commitment is to ensuring compliance with the Court's conditions, as opposed to facilitating Mr. Harkat's release from what they view to be unjust incarceration. As such, I find that they would not provide a sufficient controlling influence over Mr. Harkat if he is released from incarceration.

[82] It would be, however, erroneous to reject Mr. Harkat's application for release if there are conditions that, on a balance of probabilities, would neutralize or contain the danger posed by his release. In that circumstance, his continued incarceration cannot be justified because of Canada's respect for human and civil rights, and the values protected by our 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]].

[83] In considering whether there are terms and conditions that would neutralize or contain the danger, I have borne in mind the need for terms and conditions to be specific and tailored to Mr. Harkat's precise circumstances. They must be designed to prevent Mr. Harkat's involvement in any activity that commits, encourages, facilitates, assists or instigates an act of terrorism, or any similar activity. The terms and conditions must be proportionate to the risk posed by Mr. Harkat.

[84] The following factors support Mr. Harkat's release upon strict conditions.

[85] First, I believe that Mrs. Harkat and her mother are capable of providing effective supervision. Having

R. C'est exact.

[81] En résumé, tout en reconnaissant que ces trois individus sont bien intentionnés et sincères dans leurs motivations, je conclus qu'ils n'ont pas tissé suffisamment de liens avec M. Harkat pour pouvoir assurer véritablement à la Cour que celui-ci peut et va se conformer aux conditions de sa mise en liberté. Je ne suis pas convaincue non plus de leur objectivité, non plus que de leur engagement sincère à assurer le respect des conditions que la Cour pourra imposer, eux qui souhaitent faciliter la mise en liberté de M. Harkat parce qu'ils l'estiment injustement emprisonné. Je conclus qu'à ce titre ils ne peuvent exercer une influence suffisamment forte sur M. Harkat une fois celui-ci mis en liberté.

[82] Il serait toutefois erroné de rejeter la demande de mise en liberté de M. Harkat s'il existait des conditions qui, selon la prépondérance des probabilités, pourraient neutraliser ou contrecarrer le danger occasionné par cette mise en liberté. En de telles circonstances, le maintenir emprisonné ne pourrait se justifier en raison du respect par le Canada des droits de la personne ainsi que des valeurs protégées par notre 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]].

[83] En examinant s'il existe des conditions pouvant neutraliser ou contrecarrer le danger posé, j'ai gardé à l'esprit la nécessité que les conditions soient adaptées particulièrement à la situation de M. Harkat. Elles doivent être conçues de manière à empêcher la participation de M. Harkat à toute activité consistant à commettre, à encourager ou à faciliter des actes de terrorisme, à être l'instigateur de tels actes, ou sa participation à toute activité semblable. Les conditions doivent être proportionnelles au risque que pose M. Harkat.

[84] Les facteurs que je vais maintenant mentionner militent en faveur de la mise en liberté de M. Harkat, sous de strictes conditions.

[85] Premièrement, je suis d'avis que M^{me} Harkat et sa mère sont en mesure d'assurer une surveillance efficace.

seen Madam Brunette testify, I was impressed with her testimony as to the significance to her of the sum of \$50,000 that she is prepared to post and that she does not wish to lose because of any breach of condition by Mr. Harkat. I also accept Mrs. Harkat's testimony that she will have to ensure that her husband abides by all of the conditions of release or she will betray her mother, who is posting the largest cash guarantee, and she will also disappoint people whom she has become close to on the Committee for Justice for Mohamed Harkat.

[86] Second, Mr. Harkat has been incarcerated since December 10, 2002. Thus, his ability to communicate with persons in the Islamic extremist network has been disrupted.

[87] Third, Mr. Harkat's case has received wide publicity, including publication of his photograph and a nationally broadcast television interview. This publicity may reasonably be expected to hamper Mr. Harkat's ability to engage in covert or clandestine activity.⁶

[88] Fourth, it can reasonably be assumed that, if released from incarceration, Mr. Harkat will remain a person of interest to Canadian authorities who will have the ability to lawfully exercise supervision of his activities.

[89] Fifth, Mr. Harkat must be assumed to know of both the authorities' interest in him and their ability to monitor his activities. This knowledge may further be assumed to deter conduct that could result in further proceedings against Mr. Harkat.

[90] Sixth, persons with something to hide from Canadian authorities must be presumed to believe that contact with Mr. Harkat will draw the authorities' attention to those persons.

[91] Seventh, while I find much of Mr. Harkat's testimony to be untruthful, I do accept his evidence that

Le témoignage de M^{me} Brunette m'a impressionné lorsqu'elle a fait état de l'importance pour elle de la somme de 50 000 \$ qu'elle est disposée à fournir comme cautionnement et de sa volonté de ne pas perdre cette somme en raison de la violation par M. Harkat de toute condition imposée. Je prête également foi au témoignage de M^{me} Harkat selon lequel elle devra s'assurer du respect par son époux de toutes les conditions de la mise en liberté afin de ne pas trahir la confiance de sa mère, qui fournit le cautionnement le plus élevé, et de ne pas décevoir les membres du Comité Justice pour Mohamed Harkat avec lesquels elle a tissé des liens étroits.

[86] Deuxièmement, M. Harkat est incarcéré depuis le 10 décembre 2002. Il a ainsi cessé de pouvoir communiquer avec des membres du réseau islamiste extrémiste.

[87] Troisièmement, le cas de M. Harkat a été très publicisé; par exemple, sa photographie a été publiée et on a pu le voir à la télévision, dans une entrevue diffusée à l'échelle nationale. On peut donc raisonnablement s'attendre à ce qu'une telle publicité restreigne la possibilité pour M. Harkat de se livrer à des activités secrètes ou clandestines⁶.

[88] Quatrièmement, il est raisonnable de présumer que les autorités canadiennes demeureront intéressées à la situation de M. Harkat, si ce dernier est mis en liberté, et qu'il leur sera possible de surveiller légalement ses activités.

[89] Cinquièmement, on peut aussi présumer la connaissance par M. Harkat tant de l'intérêt des autorités à son endroit que de leur capacité de surveiller ses activités. On peut présumer, en outre, que cette connaissance dissuadera M. Harkat de se conduire d'une manière pouvant lui valoir de nouvelles poursuites.

[90] Sixièmement, on peut présumer que les personnes ayant des choses à cacher aux autorités canadiennes estimeront que communiquer avec M. Harkat attirerait sur eux l'attention de ces autorités.

[91] Septièmement, même si je conclus que le témoignage de M. Harkat est mensonger en bonne

he believes that if he breaches any condition of release that:

[...] they're going to take me for sure to jail, plus it is going to be like give [*sic*] opportunity to the Government to point their finger on me and deport me.

This fear, which I believe to be genuine, can reasonably be considered to provide some incentive to Mr. Harkat to abide by the conditions of his release.

[92] Finally, I have given some weight (although not as much weight as has been given to the above factors) to the fact that a significant number of terrorist detainees have been released in the United Kingdom on control orders. In January of this year, Lord Carlile of Berriew, Q.C. released the "First Report of the Independent Reviewer Pursuant to section 14(3) of the Prevention of Terrorism Act 2005", an annual report regarding the operation of that act required pursuant to the *Prevention of Terrorism Act 2005* [(U.K.), 2005, c. 2]. In his report, Lord Carlile concludes [at paragraph 29] that "in practical terms control orders have been an effective protection for national security" and that while there had been some contraventions of the terms of control orders, all of the contraventions were of a relatively minor nature. In Canada, Mr. Charkaoui (also named in a security certificate) has been released on terms and conditions less stringent than those imposed herein.

(vi) Conclusion

[93] Considering these factors and considering as well the evidence I received in confidence as to the nature of the acts it is believed Mr. Harkat could engage in and the threat or danger that would result from those acts, I am satisfied that a series of terms and conditions can be imposed that will, on a balance of probabilities, neutralize or contain any threat or danger posed by Mr. Harkat's release.

[94] For such conditions to be effective and proportionate the supervising sureties cannot include

partie, je prête foi à ce dernier lorsqu'il dit croire que, s'il enfreint quelque condition de sa mise en liberté,

[TRADUCTION]

[...] ils vont sûrement m'emprisonner, et ce serait donner l'occasion au gouvernement de me pointer du doigt et de m'expulser.

Il est raisonnable de croire que cette crainte, que j'estime être sincère, incitera M. Harkat à respecter les conditions de sa mise en liberté.

[92] Finalement, j'ai accordé un certain poids (moindre toutefois que celui accordé aux facteurs qui précèdent) au fait qu'on a accordé à un nombre important de terroristes détenus au Royaume-Uni la mise en liberté assortie de mesures de contrôle. En janvier de la présente année, lord Carlile of Berriew, c.r., a publié le Premier rapport de l'examineur indépendant (« First Report of the Independent Reviewer Pursuant to section 14(3) of the Prevention of Terrorism Act 2005 »), un rapport annuel sur l'application de la *Prevention of Terrorism Act 2005* [(R.-U.), 2005, ch. 2] prescrit par cette loi. Lord Carlile conclut dans ce rapport qu'en [TRADUCTION] « pratique, les mesures de contrôle se sont avérées efficaces pour protéger la sécurité nationale » et que, même s'il y a eu certaines violations des conditions qu'on y prévoyait, ces violations ont été de caractère relativement mineur. Ici même au Canada, M. Charkaoui (qui faisait également l'objet d'un certificat de sécurité) a été mis en liberté sous des conditions moins sévères que celles imposées par les présentes.

(vi) Conclusion

[93] Compte tenu de ces facteurs ainsi que de la preuve confidentielle que j'ai reçue sur la nature des actes auxquels on croit M. Harkat susceptible de se livrer et sur la menace ou le danger occasionné par ces actes, je suis convaincue qu'un ensemble de conditions peuvent être imposées qui, selon la prépondérance des probabilités, viendraient neutraliser ou contrecarrer toute menace ou tout danger occasionné par la mise en liberté de M. Harkat.

[94] Si l'on veut que de telles conditions soient efficaces et proportionnées, M^{me} Squires, M. Skerritt et

Ms. Squires or Mr. Skerritt or Mr. Bush; there must be electronic monitoring of Mr. Harkat's whereabouts as directed and arranged by the CBSA; Mr. Harkat's movement, associations and ability to communicate must be restricted in a fashion that permits those activities to be supervised and monitored; the authorities' ability to supervise Mr. Harkat's release must be facilitated while at the same time not imposing an undue burden upon the authorities.

[95] In my view, the following terms and conditions will do these things, and are proportionate to the threat so as, on a balance of probabilities, to neutralize or contain the threat or danger posed by Mr. Harkat's release:

1. Mr. Harkat is to be released from incarceration on terms that he sign a document, to be prepared by his counsel and to be approved by counsel for the Ministers, in which he agrees to comply strictly with each of the following terms and conditions.

2. Mr. Harkat, before his release from incarceration, shall be fitted with an electronic monitoring device as from time to time arranged by the CBSA, along with a tracking unit. Mr. Harkat shall thereafter at all times wear the monitoring device and at no time shall he tamper with the monitoring device or the tracking unit or allow them to be tampered with. Also prior to his release, Mr. Harkat shall arrange at his expense for the installation in the residence specified below of a separate dedicated land-based telephone line meeting the CBSA's requirements to allow effective electronic monitoring. Mr. Harkat shall consent to the disabling as necessary of all telephone features and services for such separate dedicated land-based telephone line.

3. Prior to Mr. Harkat's release from incarceration, the CBSA shall install and test the necessary equipment and shall report to the Court as to whether it is satisfied that the equipment is properly working and that all necessary things have been done to initiate electronic monitoring.

4. Prior to Mr. Harkat's release from incarceration, the sum of \$35,000 is to be paid into Court pursuant to rule

M. Bush ne peuvent faire partie des cautions de surveillance, il doit y avoir surveillance électronique des allées et venues de M. Harkat selon les dispositions et les directives de l'ASFC, il faut restreindre les mouvements, les fréquentations et la capacité de communiquer de M. Harkat d'une manière permettant d'en assurer la surveillance et le contrôle et il faut rendre plus aisée la surveillance de la mise en liberté de M. Harkat par les autorités sans imposer à celles-ci un fardeau injustifié.

[95] À mon avis, les conditions qui suivent permettront d'atteindre ces objectifs et elles sont proportionnelles au danger d'une manière permettant, selon la prépondérance des probabilités, de neutraliser ou de contrecarrer la menace ou le danger occasionné par la mise en liberté de M. Harkat.

1. La mise en liberté de M. Harkat est conditionnelle à ce qu'il signe un document, devant être rédigé par ses avocats et approuvé par les avocats des ministres, par lequel il convient de se conformer strictement à chacune des conditions qui suivent.

2. Avant sa mise en liberté, M. Harkat sera muni d'un dispositif de télésurveillance, selon les arrangements que pourra prendre l'ASFC, ainsi que d'un appareil de repérage. M. Harkat devra toujours porter par la suite ce dispositif et ne jamais altérer celui-ci ou l'appareil de repérage, ni permettre à quiconque d'altérer l'un ou l'autre. M. Harkat devra, également avant sa mise en liberté, faire installer à ses frais dans le domicile précisé plus loin une ligne téléphonique conventionnelle spécialisée satisfaisant aux exigences de l'ASFC pour assurer une surveillance électronique efficace. M. Harkat devra consentir à l'invalidation pouvant être requise de toute fonction ou de tout service de cette ligne téléphonique conventionnelle spécialisée.

3. Avant la mise en liberté de M. Harkat, l'ASFC devra faire installer et mettre à l'essai l'équipement nécessaire puis signaler à la Cour si elle estime que l'équipement fonctionne correctement et que tout le nécessaire a été fait pour pouvoir procéder à la surveillance électronique.

4. Avant la mise en liberté de M. Harkat, la somme de 35 000 \$ devra être versée à la Cour conformément à la

149 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]. In the event that any term of the order releasing Mr. Harkat is breached, an order may be sought by the Ministers that the full amount, plus any accrued interest, be paid to the Attorney General of Canada.

5. Prior to Mr. Harkat's release from incarceration, the following seven individuals shall execute performance bonds by which they agree to be bound to Her Majesty the Queen in right of Canada in the amounts specified below. The condition of each performance bond shall be that if Mr. Harkat breaches any terms or conditions contained in the order of release, as it may from time to time be amended, the sums guaranteed by the performance bonds shall be forfeited to Her Majesty. The terms and conditions of the performance bonds shall be provided to counsel for Mr. Harkat by counsel for the Ministers and shall be in accordance with the terms and conditions of guarantees provided pursuant to section 56 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Each surety shall acknowledge in writing having reviewed the terms and conditions contained in this order.

(i) Pierrette Brunette	\$50,000
(ii) Sophie Harkat	\$ 5,000
(iii) Kevin Skerritt	\$10,000
(iv) Leonard Bush	\$10,000
(v) Jessica Squires	\$ 1,000
(vi) Pierre Loranger	\$ 1,500
(vii) Alois Weidemann	\$ 5,000

6. Upon his release from incarceration, Mr. Harkat shall be taken by the RCMP (or such other agency as the CBSA and the RCMP may agree) to, and he shall thereafter reside at, _____ in the City of Ottawa, Ontario (residence) with Sophie Harkat, his wife, Pierrette Brunette, his mother-in-law, and Pierre

règle 149 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)]. S'il y a violation d'une quelconque condition de l'ordonnance de mise en liberté de M. Harkat, les ministres pourront solliciter une ordonnance prescrivant le versement total de cette somme, plus les intérêts courus, au procureur général du Canada.

5. Avant la mise en liberté de M. Harkat, les sept personnes mentionnées ci-dessous devront passer des actes de cautionnement de bonne exécution au moyen desquels elles conviennent d'être liées envers Sa Majesté la Reine du Chef du Canada quant aux montants précisés ci-dessous. Chaque cautionnement de bonne exécution sera assorti d'une condition selon laquelle, si M. Harkat enfreint l'une ou l'autre des conditions prévues dans l'ordonnance de mise en liberté, tel qu'elles pourront être modifiées, les sommes garanties par les cautionnements seront confisquées au profit de Sa Majesté. Les conditions des cautionnements de bonne exécution, qui devront être conformes à celles prévues à l'article 56 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, seront communiquées par les avocats des ministres aux avocats de M. Harkat. Chaque caution devra reconnaître par écrit avoir examiné les conditions prévues dans la présente ordonnance.

i) Pierrette Brunette	50 000 \$
ii) Sophie Harkat	5 000 \$
iii) Kevin Skerritt	10 000 \$
iv) Leonard Bush	10 000 \$
v) Jessica Squires	1 000 \$
vi) Pierre Loranger	1 500 \$
vii) Alois Weidemann	5 000 \$

6. Au moment de sa mise en liberté, M. Harkat sera conduit par la GRC (ou un autre organisme dont l'ASFC et la GRC pourront convenir) et il résidera par la suite au _____, dans la cité d'Ottawa, en Ontario (le domicile), avec Sophie Harkat, son épouse, Pierrette Brunette, sa belle-mère, et Pierre Loranger. Pour

Loranger. In order to protect the privacy of those individuals, the address of the residence shall not be published within the public record of this proceeding. Mr. Harkat shall remain in such residence at all times, except for a medical emergency or as otherwise provided in this order. While at the residence Mr. Harkat is not to be left alone in the residence. That is, at all times he is in the residence either Sophie Harkat or Pierrette Brunette or some other person approved by the Court must also be in the residence. The term "residence" as used in these reasons encompasses only the dwelling house and does not include any outside space associated with it.

7. Between the hours of 8:00 a.m. and 9:00 p.m., Mr. Harkat may exit the residence but he shall remain within the boundary of any outside space associated with the residence (that is, the yard). He must at all times be accompanied by either Sophie Harkat or Pierrette Brunette. While in the yard, he may only meet with persons referred to in paragraph 9, below.

8. Mr. Harkat may, between the hours of 8:00 a.m. and 9:00 p.m., with the prior approval of the CBSA, leave the residence three times per week for a duration not to exceed 4 hours on each absence. A request for such approval shall be made at least 48 hours in advance of the intended absence and shall specify the location or locations Mr. Harkat wishes to attend and the times when he shall leave and return to the residence. If such absence is approved, Mr. Harkat shall, prior to leaving the residence and immediately upon his return to the residence, report as more specifically directed by a representative of the CBSA. During all approved absences from the residence, Mr. Harkat shall at all times have on his person the tracking unit enabling electronic monitoring and shall be accompanied at all times by either Sophie Harkat or Pierrette Brunette, who shall bear responsibility for supervising Mr. Harkat and for ensuring that he complies fully with all of the terms and conditions of this order. This requires them to remain continuously with Mr. Harkat while he is away from the residence. Prior to Mr. Harkat's release from incarceration, Sophie Harkat and Pierrette Brunette shall each sign a document in which they acknowledge and accept such responsibility, specifically including their obligation to immediately report to the CBSA any

protéger la vie privée de ces personnes, l'adresse du domicile ne sera pas publiée dans le dossier public de la présente instance. M. Harkat devra demeurer dans ce domicile en tout temps, sauf s'il y a urgence médicale ou tel que le prévoit par ailleurs la présente ordonnance. M. Harkat ne devra pas rester seul dans le domicile. Cela veut dire qu'en tout temps où M. Harkat est dans le domicile, soit Sophie Harkat, soit Pierrette Brunette, soit une autre personne approuvée par la Cour, devra également s'y trouver. Le mot « domicile » utilisée dans les présents motifs vise uniquement la maison d'habitation, à l'exclusion de tout espace extérieur qui y est associé.

7. M. Harkat pourra sortir du domicile entre 8 h et 21 h, mais il devra demeurer alors dans les limites de tout espace extérieur qui y est associé (c'est-à-dire la cour). Il devra alors être accompagné en tout temps soit de Sophie Harkat, soit de Pierrette Brunette. Dans la cour, M. Harkat ne pourra rencontrer que les personnes mentionnées au paragraphe 9 ci-dessous.

8. M. Harkat pourra, entre 8 h et 21 h et sur autorisation préalable de l'ASFC, quitter le domicile trois fois par semaine pour une durée maximale de 4 heures par absence. La demande d'une telle autorisation devra être présentée au moins 48 heures à l'avance, et on devra y préciser le ou les lieux où M. Harkat désire se rendre et l'heure de son départ ainsi que de son retour au domicile. Si une telle absence est autorisée, M. Harkat devra signaler son départ avant de quitter le domicile et signaler son arrivée sans délai, tel que le lui enjoindra plus précisément un représentant de l'ASFC. Lors de toutes les absences du domicile autorisées, M. Harkat devra en tout temps porter sur lui l'appareil de repérage permettant la surveillance électronique et être accompagné soit de Sophie Harkat, soit de Pierrette Brunette, qui auront pour responsabilité de surveiller M. Harkat et de s'assurer qu'il se conforme entièrement à toutes les conditions de la présente ordonnance. Cela exigera d'elles qu'elles soient toujours auprès de M. Harkat pendant qu'il sera à l'extérieur du domicile. Avant la mise en liberté de M. Harkat, tant Sophie Harkat que Pierrette Brunette devront signer un document dans laquelle elles reconnaîtront avoir une telle responsabilité et accepteront de l'assumer, ce qui comprend particulièrement l'obligation de signaler sans

breach of any term or condition of this order. The document shall be prepared by Mr. Harkat's counsel and shall be submitted to counsel for the Ministers for approval.

9. No person shall be permitted to enter the residence except:

- (a) Sophie Harkat and Pierrette Brunette.
- (b) the other individuals specified in paragraph 5 above.
- (c) his legal counsel, Paul Copeland and Matthew Webber.
- (d) in an emergency, fire, police and health-care professionals.
- (e) a person approved in advance by the CBSA. In order to obtain such approval, the name, address and date of birth of such person must be provided to the CBSA. Prior approval need not be required for subsequent visits by a previously approved person, however the CBSA may withdraw its approval at any time.

10. When, with the approval of the CBSA, Mr. Harkat leaves the residence he shall not:

- (i) leave the area bordered by streets or geographic features to be agreed upon by all counsel prior to Mr. Harkat's release from incarceration. The boundary shall be specified in a further order of this Court.
- (ii) attend at any airport, train station or bus depot or car rental agency, or enter upon any boat or vessel.
- (iii) meet any person by prior arrangement other than:
 - (a) Paul Copeland or Matthew Webber; and
 - (b) any person approved in advance by the CBSA. In order to obtain such approval, the

délaï à l'ASFC toute violation d'une condition de l'ordonnance. Les avocats de M. Harkat devront établir ce document, qui sera soumis pour approbation aux avocats des ministres.

9. Aucune personne ne pourra entrer dans le domicile, à l'exception des suivantes :

- a) Sophie Harkat et Pierrette Brunette;
- b) les autres personnes mentionnées au paragraphe 5 ci-dessus;
- c) les avocats de M. Harkat, soit Paul Copeland et Matthew Webber;
- d) en cas d'urgence, des pompiers, des policiers et des professionnels de la santé;
- e) toute personne autorisée à l'avance par l'ASFC. Pour obtenir une telle autorisation, il faudra communiquer à l'ASFC le nom, l'adresse et la date de naissance de l'intéressé; l'autorisation préalable ne sera pas requise pour les visites subséquentes d'une personne préalablement autorisée, mais l'ASFC peut retirer son autorisation en tout temps.

10. Lorsque M. Harkat quittera le domicile avec l'autorisation de l'ASFC, il ne devra pas :

- i) quitter la région délimitée par les rues ou les entités géographiques dont auront convenu tous les avocats avant la mise en liberté de M. Harkat, ces limites devant être précisées dans une ordonnance ultérieure de la Cour;
- ii) se rendre à un aéroport, une gare, un terminus d'autobus ou une agence de location de véhicules, ni entrer dans un navire ou un vaisseau;
- iii) rencontrer toute personne avec laquelle il aurait pris rendez-vous, à l'exception
 - a) de Paul Copeland ou de Matthew Webber,
 - b) de toute personne autorisée au préalable par l'ASFC, l'obtention de l'autorisation requérant

name, address and date of birth of such person must be provided to the CBSA.

(iv) go to any location other than that or those approved pursuant to paragraph 8 above, during the hours approved.

11. Mr. Harkat shall not, at any time or in any way, associate or communicate directly or indirectly with:

(i) any person whom Mr. Harkat knows, or ought to know, supports terrorism or violent Jihad or who attended any training camp or guest house operated by any entity that supports terrorism or violent Jihad;

(ii) any person Mr. Harkat knows, or ought to know, has a criminal record; or

(iii) any person the Court may in the future specify in an order amending this order.

12. Except as provided herein, Mr. Harkat shall not possess, have access to or use, directly or indirectly, any radio or radio device with transmission capability or any communication equipment or equipment capable of connecting to the Internet or any component thereof, including but not limited to: any cellular telephone; any computer of any kind that contains a modem or that can access the Internet or a component thereof; any pager; any fax machine; any public telephone; any telephone outside the residence; any Internet facility; any hand-held device, such as a BlackBerry. No computer with wireless Internet access and no cellular telephone shall be permitted in the residence. Any computer in the residence with internet connectivity must be kept in a locked portion of the residence that Mr. Harkat does not have access to. Mr. Harkat may use a conventional land-based telephone line located in the residence (telephone line) other than the separate dedicated land-based telephone line referred to in paragraph 2 above upon the following condition. Prior to his release from incarceration, both Mr. Harkat and the subscriber

la communication à l'ASFC du nom, de l'adresse et de la date de naissance de l'intéressé;

iv) aller en tout lieu autre qu'un ou des lieux autorisés conformément au paragraphe 8 ci-dessus, ni aller en tout lieu autrement que pendant les heures autorisées.

11. M. Harkat ne devra pas, à quelque moment ou de quelque manière que ce soit, s'associer ou communiquer directement ou indirectement avec :

i) toute personne qui, selon ce qu'il sait ou ce qu'il devrait savoir, soutient le terrorisme ou le djihad belliqueux, ou qui s'est trouvée dans un camp d'entraînement ou dans un gîte opéré par une entité qui soutient le terrorisme ou le djihad belliqueux;

ii) toute personne qui, selon ce qu'il sait ou ce qu'il devrait savoir, a un casier judiciaire;

iii) toute personne que la Cour pourra désigner par la suite dans une ordonnance modifiant la présente ordonnance.

12. Sauf tel qu'il est prévu aux présentes, M. Harkat ne devra pas, directement ou indirectement, posséder, avoir à sa disposition ou utiliser un poste de radio ou un dispositif radio pouvant transmettre, non plus que du matériel de communication ou du matériel permettant la connexion à Internet ou encore une composante d'un tel matériel, ce qui comprend notamment un téléphone cellulaire; tout type d'ordinateur muni d'un modem ou permettant l'accès à Internet, ou une composante d'un tel ordinateur; un téléavertisseur; un télécopieur; un téléphone public; un téléphone hors du domicile; une installation Internet; un appareil portatif, tel qu'un BlackBerry. Aucun ordinateur avec accès sans fil Internet ni aucun téléphone cellulaire ne sera autorisé dans le domicile. Tout ordinateur avec connectivité à Internet dans le domicile devra être gardé dans une partie fermée à clé du domicile à laquelle M. Harkat n'a pas accès. M. Harkat pourra utiliser une ligne téléphonique conventionnelle se trouvant dans le domicile (la ligne téléphonique) autre que la ligne téléphonique conventionnelle spécialisée distincte

to such telephone line service shall consent in writing to the interception, by or on behalf of the CBSA, of all communications conducted using such service. This shall include allowing the CBSA to intercept the content of oral communication and also to obtain the telecommunication records associated with such telephone line service. The form of consent shall be prepared by counsel for the Ministers.

13. Prior to his release from incarceration, Mr. Harkat and all of the persons who reside at the residence shall consent in writing to the interception, by or on behalf of the CBSA, of incoming and outgoing written communications delivered to or sent from the residence by mail, courier or other means. Prior to occupying the residence, any new occupant shall similarly agree to provide such consent. The form of consent shall be prepared by counsel for the Ministers.

14. Mr. Harkat shall allow employees of the CBSA, any person designated by the CBSA and/or any peace officer access to the residence at any time (upon the production of identification) for the purposes of verifying Mr. Harkat's presence in the residence and/or to ensure that Mr. Harkat and/or any other persons are complying with the terms and conditions of this order. For greater certainty, Mr. Harkat shall permit such individual(s) to search the residence, remove any item, and/or install, service and/or maintain such equipment as may be required in connection with the electronic monitoring equipment and/or the separate dedicated land-based telephone line referred to in paragraph 2 above. Prior to Mr. Harkat's release from incarceration all other occupants of the residence shall sign a document, in a form acceptable to counsel for the Ministers, agreeing to abide by this term. Prior to occupying the residence, any new occupant shall similarly agree to abide by this term.

15. Prior to his release, Mr. Harkat shall surrender his passport and all travel documents to a representative of the CBSA. Without the prior approval of the CBSA, Mr. Harkat is prohibited from applying for, obtaining or possessing any passport or travel document, or any bus,

mentionnée au paragraphe 2 ci-dessus. Pour ce faire toutefois, il faudra qu'avant la mise en liberté, M. Harkat et l'abonné à ce service téléphonique consentent par écrit à l'interception, par ou pour le compte de l'ASFC, de toutes les communications acheminées par ce service. Il faudra notamment consentir à ce que l'ASFC intercepte la teneur des communications orales et ait également accès à l'archivage des communications de ce service téléphonique. La formule de consentement sera établie par les avocats des ministres.

13. Avant la mise en liberté de M. Harkat, ce dernier ainsi que toutes les personnes résidant au domicile devront consentir par écrit à l'interception, par ou pour le compte de l'ASFC, des communications écrites à destination ou en provenance du domicile transmises par la poste, un service de messagerie ou un autre moyen de communication. Avant d'occuper le domicile, tout nouvel occupant devra également accepter de fournir un tel consentement. La formule de consentement sera établie par les avocats des ministres.

14. M. Harkat devra permettre aux employés de l'ASFC, à toute personne désignée par l'ASFC et à tout agent de la paix l'accès requis au domicile en tout temps (après identification) aux fins de vérifier la présence de M. Harkat dans le domicile et de s'assurer que M. Harkat ou toute autre personne se conforme aux conditions de la présente ordonnance. Il est entendu que M. Harkat devra permettre à cette ou à ces personnes de perquisitionner le domicile, d'en retirer tout objet ou d'y installer ou entretenir le matériel requis pour le matériel de télésurveillance ou la ligne téléphonique conventionnelle spécialisée distincte mentionnés au paragraphe 2 ci-dessus. Avant la mise en liberté de M. Harkat, tous les autres occupants du domicile devront signer un document, d'une teneur jugée acceptable par les avocats des ministres, par lequel ils conviendront de se conformer à cette condition. Avant d'occuper le domicile, tout nouvel occupant devra également convenir de se conformer à cette condition.

15. Avant sa mise en liberté, M. Harkat devra remettre son passeport et tout titre de voyage à un représentant de l'ASFC. Il sera interdit à M. Harkat, à moins d'autorisation préalable de l'ASFC, de demander, d'obtenir ou de posséder tout passeport ou titre de

train or plane ticket, or any other document entitling him to travel. This does not prevent Mr. Harkat from travelling on public city bus transit within the City of Ottawa as may be authorized by the CBSA.

16. If Mr. Harkat is ordered to be removed from Canada, he shall report as directed for removal. He shall also report to the Court as it from time to time may require.

17. Mr. Harkat shall not possess any weapon, imitation weapon, noxious substance or explosive, or any component thereof.

18. Mr. Harkat shall keep the peace and be of good conduct.

19. Any officer of the CBSA or any peace officer, if they have reasonable grounds to believe that any term or condition of this order has been breached, may arrest Mr. Harkat without warrant and cause him to be detained. Within 48 hours of such detention a judge of this Court, designated by the Chief Justice, shall forthwith determine whether there has been a breach of any term or condition of this order, whether the terms of this order should be amended and whether Mr. Harkat should be incarcerated.

20. If Mr. Harkat does not strictly observe each of the terms and conditions of this order he will be liable to incarceration upon further order by this Court.

21. Mr. Harkat may not change his place of residence without the prior approval of this Court. No persons may occupy the residence without the approval of the CBSA. This condition does not apply to Alois Weidemann.

22. A breach of this order shall constitute an offence within the meaning of section 127 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 185, Sch. III, item 5(F); S.C. 2005, c. 32, s. 1]] of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] and shall constitute an offence pursuant to paragraph 124(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

voyage, tout billet d'autobus, de train ou d'avion ou tout autre document qui lui permette de voyager. M. Harkat pourra néanmoins utiliser les services de transport en commun par autobus de la cité d'Ottawa avec l'autorisation de l'ASFC.

16. Si le renvoi du Canada de M. Harkat devait être ordonné, celui-ci devra se présenter tel que requis pour l'exécution de la mesure de renvoi. Il devra également se présenter devant la Cour lorsque celle-ci le lui enjoindra.

17. M. Harkat ne pourra être en possession d'une arme, d'une imitation d'arme, de substances nocives ou d'explosifs, non plus que de composantes de ceux-ci.

18. M. Harkat devra garder la paix et avoir une bonne conduite.

19. Tout agent de l'ASFC ou tout agent de la paix, s'il a des motifs raisonnables de croire qu'il y a eu violation d'une condition de la présente ordonnance, pourra procéder à l'arrestation sans mandat de M. Harkat et le faire détenir sous garde. Dans les 48 heures suivant le début d'une telle détention, un juge de la Cour, désigné par le juge en chef, devra établir s'il y a eu violation d'une condition de la présente ordonnance, s'il convient de modifier les conditions de la présente ordonnance et si M. Harkat doit être incarcéré.

20. Si M. Harkat ne se conforme pas strictement à l'une ou l'autre des conditions de la présente ordonnance, il pourra être incarcéré sur nouvelle ordonnance de la Cour.

21. M. Harkat ne peut changer le lieu de son domicile sans y être autorisé au préalable par la Cour. Nul ne peut occuper le domicile sans l'autorisation de l'ASFC. Cette condition ne s'applique pas à Alois Weidemann.

22. Une violation de la présente ordonnance constitue une infraction au sens de l'article 127 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 185, ann. III, n° 5(F); L.C. 2005, ch. 32, art. 1]] du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] et constitue une infraction visée à l'alinéa 124(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

23. The terms and conditions of this order may be amended at any time by the Court upon the request of any party or upon the Court's own motion with notice to the parties. The Court will review the terms and conditions of this order at the earlier of: (i) the rendering of a decision of the Minister's delegate as to whether Mr. Harkat may be removed from Canada; and (ii) four months from the date of this order. Thereafter, the Court will direct the frequency of the review of the terms and conditions of this order.

[96] With respect to these terms and conditions, Mr. Harkat, his wife and his mother-in-law each testified that they agreed to a number of terms and conditions that considerably impose upon their right to privacy, including conditions allowing their telephone communications be intercepted and warrantless searches of their residence. Mr. Loranger, who lives in the same residence as Mrs. Harkat and her mother-in-law, swore an affidavit in which he agreed to serve as a surety and to supervise Mr. Harkat so as to insure that he complied with all of the conditions proposed by Mr. Harkat which included interception of communications on the home telephone and warrantless searches of the residence. Mr. Harkat also agreed not to converse with others in Arabic.

[97] I consider that the consent to the interception of telephone communications and warrantless searches provides a tangible means to help insure that Mr. Harkat's associations and communications are monitored and that the terms and conditions of release are not violated. Terms and conditions to that effect were therefore imposed.

[98] In view of that consent and the other conditions imposed, I do not consider it necessary to prohibit Mr. Harkat from conversing in Arabic.

[99] The consent to the interception of telephone communications did not expressly include consent to the interception of mail or couriered communications to or from the residence. This issue was not raised before me. I have, however, imposed such a condition because

23. La Cour peut modifier les conditions de la présente ordonnance en tout temps sur demande d'une partie, ou de son propre chef en avisant les parties. La Cour révisera les conditions de la présente ordonnance à la suite du premier des événements suivants à survenir : i) la prise d'une décision par le représentant du ministre quant à savoir si M. Harkat peut être renvoyé du Canada et ii) quatre mois après la date de la présente ordonnance. La Cour prescrira par la suite à quels moments les conditions de la présente ordonnance devront être révisées.

[96] En ce qui concerne ces conditions, tant M. Harkat, que son épouse et que sa belle-mère ont déclaré dans leur témoignage qu'ils étaient d'accord avec diverses conditions qui restreignent considérablement leur droit au respect de la vie privée, notamment des conditions ayant pour effet d'autoriser l'interception de leurs communications téléphoniques et des perquisitions sans mandat de leur domicile. M. Loranger, qui habite au même domicile que l'épouse et la belle-mère de M. Harkat, a signé un affidavit dans lequel il a consenti à être caution ainsi qu'à surveiller M. Harkat de manière à s'assurer que ce dernier respecte toutes les conditions qu'il a proposées, notamment l'interception des communications transmises par le téléphone de la maison et les perquisitions sans mandat du domicile. M. Harkat a également convenu de ne pas converser en arabe.

[97] J'estime que le consentement à l'interception des communications téléphoniques et aux perquisitions sans mandat peut aider de manière tangible à s'assurer que les associations et communications de M. Harkat sont surveillées et que les conditions de la mise en liberté sont respectées. Des conditions de cet ordre ont par conséquent été imposées.

[98] Compte tenu de ce consentement et des autres conditions imposées, je n'estime pas nécessaire par ailleurs d'interdire à M. Harkat de converser en arabe.

[99] Le consentement à l'interception des communications téléphoniques ne comprenait pas expressément un consentement à l'interception des communications par la poste ou par service de messagerie en provenance ou à destination du domicile. On n'a pas soulevé cette

monitoring written communications is as important as monitoring oral communications and would seem to be no less an intrusion upon privacy than the interception of oral communications already consented to.

[100] In drafting these conditions I have considered the submissions of counsel for the Ministers with respect to the effectiveness of electronic monitoring and I have therefore imposed conditions designed to deal with those submissions by allowing the CBSA to control when and where, within the general geographic region contemplated by the conditions, Mr. Harkat is permitted to go.

[101] I have also considered the evidence of P.G. and Dr. Sageman. I have previously concluded in *Mahjoub*, at paragraph 81, that such evidence may well be true on a broad basis in a number of cases; however, such evidence falls short of being accurate in every case. The weight of this evidence is further diminished in this case because of the following.

[102] As Mr. Justice Lemieux noted, on cross-examination, P.G. “tempered” his opinion concerning the predictability of the recidivist behavior of incarcerated Islamic extremists. Little weight, in my view, can be given to P.G.’s testimony so tempered. However, a further concern exists. P.G. was unable to adequately respond to questions on cross-examination about whether information he relied upon was obtained through torture. P.G. is not from an operational branch of the Service. In my view, evidence on this point could have been provided in public⁷ by a more knowledgeable witness. The consequence of the failure to adduce, in public, evidence to respond to the public impugning of his evidence is another factor that diminishes the weight to be given to P.G.’s opinion.

[103] With respect to the opinion provided by Dr. Sageman, counsel for Mr. Harkat requested that Dr. Sageman be produced for cross-examination upon his qualifications and the potential for bias. Justice Lemieux

question devant moi. J’ai toutefois imposé une telle condition, puisque la surveillance des communications écrites importe tout autant que celle des communications verbales et ne semblerait pas moins constituer une intrusion dans la vie privée que l’interception des communications verbales à laquelle il a déjà été consenti.

[100] J’ai pris en compte les observations des avocats des ministres relatives à l’efficacité de la surveillance électronique lorsque j’ai rédigé les conditions. J’ai par conséquent imposé des conditions qui autorisent l’ASFC à contrôler les allées et venues de M. Harkat, à l’intérieur de la région géographique délimitée dans les conditions.

[101] J’ai également pris en compte les témoignages de P.G. et du D’ Sageman. J’avais précédemment conclu dans *Mahjoub*, au paragraphe 81, que de tels témoignages pouvaient être véridiques de façon générale dans un certain nombre de cas, sans être toutefois exacts dans tous les cas. La force probante de cette preuve est encore moindre en l’espèce pour la raison suivante.

[102] Comme le juge Lemieux l’a relevé, lorsqu’il a été contre-interrogé, P.G. a « mitigé » son opinion au sujet du caractère prévisible du comportement récidiviste d’extrémistes islamiques incarcérés. J’estime pour ma part qu’on ne peut accorder qu’une faible valeur probante au témoignage ainsi mitigé de P.G. Il y a une autre raison de s’inquiéter toutefois. P.G. n’a pu valablement répondre lorsqu’on lui a demandé au cours de son contre-interrogatoire si l’information sur laquelle il se fondait avait été obtenue sous la torture. P.G. n’est pas membre d’une direction d’opération du Service, et je suis d’avis que la preuve sur ce point aurait pu être présentée publiquement⁷ par un témoin mieux informé. En outre, le défaut de présenter, en public, une preuve répliquant à la contestation publique du témoignage de P.G. constitue un facteur additionnel pour accorder peu de poids à l’opinion de P.G.

[103] Les avocats de M. Harkat ont demandé, en ce qui concerne maintenant le témoignage du D’ Sageman, que ce dernier soit assigné à témoigner pour qu’on puisse apprécier par contre-interrogatoire ses compéten-

advised counsel that he too would like to hear Dr. Sageman's evidence *viva voce*. Notwithstanding, Dr. Sageman was not produced for cross-examination. In my view, any weight to be given to Dr. Sageman's opinion is diminished by the failure of the Ministers to produce him for cross-examination.

CONCLUSION

[104] For all of these reasons, this application for release is allowed and Mr. Harkat shall be released from incarceration upon the terms and conditions set out above.

FINAL OBSERVATION

[105] A final observation should be made to counsel for the Ministers arising out of certain information provided *in camera* at my request relating to the further disclosure of confidential information and the submissions made *in camera* by counsel for the Ministers upon that issue.⁸ The nature of the information and submissions requires that the observation not be public.

APPENDIX A

Sections 81 and 115 of the *Immigration and Refugee Protection Act*:

81. If a certificate is determined to be reasonable under subsection 80(1),

(a) it is conclusive proof that the permanent resident or the foreign national named in it is inadmissible;

(b) it is a removal order that may not be appealed against and that is in force without the necessity of holding or continuing an examination or an admissibility hearing; and

(c) the person named in it may not apply for protection under subsection 112(1).

...

115. (1) A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to

ces et son éventuelle partialité. Le juge Lemieux a dit aux avocats qu'il souhaitait lui aussi entendre le témoignage *viva voce* du D' Sageman. Malgré cela, les ministres n'ont pas assigné à comparaître le D' Sageman en vue de son contre-interrogatoire. Ce défaut de la part des ministres vient restreindre, à mon avis, la force probante qu'on pourrait accorder à l'opinion du D' Sageman.

CONCLUSION

[104] Pour tous ces motifs, la présente demande de mise en liberté est accueillie et M. Harkat sera mis en liberté sous les conditions précédemment énoncées.

OBSERVATION FINALE

[105] Il y a lieu de présenter aux avocats des ministres une observation finale découlant de certains renseignements fournis à huis clos à ma demande relativement à la communication additionnelle de renseignements confidentiels et aux observations formulées à huis clos par les avocats des ministres sur cette question⁸. La nature de ces renseignements et observations requiert de ne pas rendre publique cette observation.

ANNEXE A

Articles 81 et 115 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* :

81. Le certificat jugé raisonnable fait foi de l'interdiction de territoire et constitue une mesure de renvoi en vigueur et sans appel, sans qu'il soit nécessaire de procéder au contrôle ou à l'enquête; la personne visée ne peut dès lors demander la protection au titre du paragraphe 112(1).

[...]

115. (1) Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses

a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

(2) Subsection (1) does not apply in the case of a person

(a) who is inadmissible on grounds of serious criminality and who constitutes, in the opinion of the Minister, a danger to the public in Canada; or

(b) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.

(3) A person, after a determination under paragraph 101(1)(e) that the person's claim is ineligible, is to be sent to the country from which the person came to Canada, but may be sent to another country if that country is designated under subsection 102(1) or if the country from which the person came to Canada has rejected their claim for refugee protection.

opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'interdit de territoire :

a) pour grande criminalité qui, selon le ministre, constitue un danger pour le public au Canada;

b) pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

(3) Une personne ne peut, après prononcé d'irrecevabilité au titre de l'alinéa 101(1)e, être renvoyée que vers le pays d'où elle est arrivée au Canada sauf si le pays vers lequel elle sera renvoyée a été désigné au titre du paragraphe 102(1) ou que sa demande d'asile a été rejetée dans le pays d'où elle est arrivée au Canada.

APPENDIX B

Court File No. DES-04-02

FEDERAL COURT OF CANADA

IN THE MATTER OF a certificate signed pursuant to subsection 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27

AND IN THE MATTER OF an application for Judicial Release pursuant to section 84(2) of the *Act*.

AND IN THE MATTER OF **Mohamed Harkat**

PROPOSED TERMS OF BAIL

It is proposed, using Justice Noël's ruling in *Charkaoui* as somewhat of a guide, that Mr. Harkat be released from custody provided he accepts in writing each of the conditions set out below and acknowledges that a breach of any one of the conditions will result in his detention. The document shall be prepared by counsel for Mr. Harkat and submitted to the Ministers for their approval. If agreement is not reached, the matter can be brought back before the Court for approval. The

ANNEXE B

Dossier de la Cour n° DES-04-02

COUR FÉDÉRALE DU CANADA

DANS L'AFFAIRE CONCERNANT un certificat signé en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27

ET DANS L'AFFAIRE CONCERNANT une demande de mise en liberté judiciaire présentée en vertu du paragraphe 84(2) de la *Loi*.

ET DANS L'AFFAIRE CONCERNANT **Mohamed Harkat**

CONDITIONS PROPOSÉES DE LA MISE EN LIBERTÉ SOUS CAUTION

Il est proposé, en se servant dans une certaine mesure comme guide de la décision du juge Noël dans l'affaire *Charkaoui*, que M. Harkat soit mis en liberté en autant qu'il convienne par écrit de respecter chacune des conditions énoncées ci-dessous et reconnaisse que la violation de l'une quelconque de ces conditions entraînera sa détention. Le document sera établi par les avocats de M. Harkat et soumis aux ministres pour approbation. Si les parties ne peuvent s'entendre, la question

release is not to take place until such time as the document has been signed and filed with the Court. The conditions may only be revised by formal application made to the Court.

The proposed preventative conditions are as follows:

1. **The bail is to be set as a combination of a cash deposit bail, and assorted signed performance bonds, naming specific corresponding sureties:**
2. **Cash bail will be set in the amount of \$35,000, which amount will be entered in the Registry of the Court prior to release. If this order is breached, the amount will become payable to the Attorney General of Canada, following an order by the Court.**
3. **The following sureties are each to be individually named as part of the bail, and are to execute performance bonds or recognizances in the following amounts:**
 - (i) **Pierrette Brunette—to sign in the amount of \$50,000**
 - (ii) **Sophie Harkat—to sign in the amount of \$3,000**
 - (iii) **Kevin Skerritt—to sign in the amount of \$10,000**
 - (iv) **Leonard Bush—to sign in the amount of \$10,000**
 - (v) **Jessica Squires—to sign in the amount of \$1,000**
 - (vi) **Pierre Loranger—to sign in the amount of \$2,000**

In signing as sureties, each of the above-named individuals will have reviewed the terms of the release, and undertaken to ensure, to the best of their ability, that each and every one of the following conditions are obeyed.

BAIL CONDITIONS

4. **Mr. Harkat is to reside at (address specifically not published so as to protect privacy of others who live at the home), with his wife, Sophie Harkat and his mother-in-law, Ms. Pierrette Brunette. He is to be in that residence every day between the hours of 9:00 p.m. and 8:00 a.m., except for a medical emergency in his family.**
5. **He is not at any time to be outside of his residence unless in the company of one or more of his named sureties.**

pourra être renvoyée à la Cour pour approbation. La mise en liberté ne surviendra qu'une fois le document signé et déposé à la Cour. Les conditions ne pourront être révisées qu'au moyen d'une demande présentée en bonne et due forme à la Cour.

Les conditions préventives proposées sont les suivantes :

1. **Le cautionnement fixé sera constitué à la fois d'un cautionnement en espèces déposé et de cautionnements de bonne exécution signés par les cautions désignées correspondantes.**
2. **Le cautionnement en espèces, qui sera fixé à 35 000 \$, sera déposé au greffe de la Cour avant la mise en liberté. S'il y a violation de la présente ordonnance, cette somme deviendra payable au procureur général du Canada par suite d'une ordonnance de la Cour.**
3. **Les cautions suivantes seront désignées chacune individuellement en tant qu'élément du cautionnement et devront signer des cautionnements de bonne exécution ou des engagements pour les montants qui suivent :**
 - i) **Pierrette Brunette—pour un montant de 50 000 \$**
 - ii) **Sophie Harkat—pour un montant de 3 000 \$**
 - iii) **Kevin Skerritt—pour un montant de 10 000 \$**
 - iv) **Leonard Bush—pour un montant de 10 000 \$**
 - v) **Jessica Squires—pour un montant de 1 000 \$**
 - vi) **Pierre Loranger—pour un montant de 2 000 \$**

En signant à titre de caution, chacune des personnes susmentionnées reconnaîtra avoir examiné les conditions de la mise en liberté et s'engagera à s'assurer, au mieux de ses capacités, que les conditions qui suivent sont respectées.

CONDITIONS DE LA MISE EN LIBERTÉ

4. **M. Harkat devra demeurer au (l'adresse n'est pas publiée à dessein, pour protéger la vie privée des autres occupants du domicile), avec son épouse, Sophie Harkat, ainsi que sa belle-mère, Pierrette Brunette. Il devra s'y trouver obligatoirement entre 21 h et 8 h, sauf pour urgence médicale de sa famille.**
5. **Il ne devra jamais sortir de son domicile, à moins d'être accompagné d'une ou de plusieurs cautions désignées.**

6. He is not to directly or indirectly use a cellular phone, hand-held message terminals such as a BlackBerry, fax machines, pagers, portable transceivers. He may use a conventional telephone, but only the one in his residence.
 7. He is not to directly or indirectly access or use the Internet. Further to this condition, it is agreed that any computers present in his home shall be fitted with access passwords, and Mr. Harkat shall not be provided such passwords.
 8. In order to facilitate the ability of sureties to effectively supervise his conduct, he shall not converse with others in Arabic, but instead will carry on all such communications in the English language.
 9. At the Minister's request, an electronic monitoring device bracelet will be worn by Mr. Harkat.
 10. If required by the Ministers, he shall agree to personally report to Canadian Border Services Agency personnel, up to three times per week, at a location and time to be determined.
 11. Mr. Harkat will allow employees of the Canadian Border Services Agency or any other peace officer, access to his residence at any time.
 12. At the Ministers' request, Mr. Harkat will consent to the interception of his private communications via his home phone.
 13. Mr. Harkat shall undertake to be present at any and all sittings of the Court at which his presence is required.
 14. Mr. Harkat shall undertake not to possess any weapon, imitation weapon or explosive or chemical substances.
 15. When he does go out, Mr. Harkat undertakes not to leave the City of Ottawa. (For the purpose of the electronic monitoring, a perimeter boundary defined by set streets should be devised and agreed upon by all counsel.)
 16. Mr. Harkat shall undertake not to communicate directly or indirectly with any such persons that the Ministers advise this Court of, and for which reasonable grounds for such non-communication exist.
6. Il ne devra pas utiliser directement ou indirectement un téléphone cellulaire, un terminal de messagerie comme le BlackBerry, un télécopieur, un téléviseur ou un émetteur-récepteur portatif. Toutefois, il pourra utiliser un téléphone conventionnel mais seulement celui de son domicile.
 7. M. Harkat n'aura pas accès directement ou indirectement à Internet. Comme complément à cette condition, il faudra doter tout ordinateur se trouvant à son domicile d'un mot de passe d'accès, lequel ne devra pas être communiqué à M. Harkat.
 8. Afin de faciliter la surveillance par les cautions du comportement de M. Harkat, ce dernier ne pourra converser en arabe; il devra plutôt effectuer toutes ses communications en anglais.
 9. M. Harkat portera, à la demande des ministres, un bracelet de télésurveillance.
 10. M. Harkat conviendra de se présenter devant tout membre du personnel de l'Agence des services frontaliers du Canada, si les ministres le lui demandent, jusqu'à trois fois par semaine, au lieu et au moment à être déterminés.
 11. M. Harkat permettra en tout temps l'accès à son domicile aux employés de l'Agence des services frontaliers du Canada ou à tout autre agent de la paix.
 12. M. Harkat consentira, à la demande des ministres, à l'interception de ses communications privées effectuées par l'entremise du téléphone de son domicile.
 13. M. Harkat s'engagera à être présent à toute session de la Cour où sa présence pourrait être requise.
 14. M. Harkat s'engagera à ne pas être en possession d'une arme, d'une imitation d'arme ou de substances explosives ou chimiques.
 15. M. Harkat s'engagera à ne pas quitter la cité d'Ottawa lors de ses sorties. (Aux fins de la surveillance électronique, un périmètre délimité par des rues précises devra être établi et approuvé par tous les avocats.)
 16. M. Harkat s'engagera à ne pas communiquer directement ou indirectement avec toute personne dont les ministres pourront faire état à la Cour et à l'égard desquelles il existe des motifs raisonnables d'interdiction de communication.

-
- | | |
|---|--|
| <p>17. Mr. Harkat shall undertake to keep the peace and be of good behaviour.</p> <p>18. Mr. Harkat shall acknowledge that failure to abide by any one of these conditions shall constitute a breach of this release order, and that he will again be incarcerated following an order by the Court.</p> | <p>17. M. Harkat s'engagera à garder la paix et à avoir une bonne conduite.</p> <p>18. M. Harkat reconnaîtra que le défaut de respecter l'une quelconque des présentes conditions constituera une violation de la présente ordonnance de mise en liberté, et qu'il sera à nouveau incarcéré par suite d'une ordonnance de la Cour.</p> |
|---|--|

The only qualification made by counsel for Mr. Harkat regarding these conditions, is that the proposal is made in the context of having no idea what the Ministers' evidence is regarding the threat allegedly posed by Mr. Harkat. Therefore, if one or more of the suggested conditions is unnecessary in order to 'prevent' such threat, then counsel invites the Court to delete it or them from the proposal.

La seule réserve formulée par les avocats de M. Harkat à propos de ces conditions, c'est qu'ils n'ont aucune idée de ce qu'est la preuve des ministres quant au danger que constitue leur client. Selon les avocats, par conséquent, si l'une ou plusieurs des conditions proposées s'avèrent être inutiles pour « empêcher » ce danger, la Cour devrait alors les éliminer.

A-254-06
2006 FCA 215

A-254-06
2006 CAF 215

The Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Public Safety and Emergency Preparedness Canada (*Appellants*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*appelants*)

v.

c.

Mohamed Harkat (*Respondent*)

Mohamed Harkat (*intimé*)

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

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

Federal Court of Appeal, Décary J.A.—Ottawa, June 9, 2006.

Cour d'appel fédérale, juge Décary, J.C.A.—Ottawa, 9 juin 2006.

Practice — Judgments and Orders — Stay of Execution — Motion for stay of judgment releasing respondent from detention pending appeal thereof, and for order expediting appeal — Respondent foreign national inadmissible to Canada as result of security certificate issued against him — Tripartite test re: stays applied — Balance of convenience favouring respondent — No evidence supporting valid concern respondent's release pending hearing of appeal threat to national security, danger to safety of any person — Motion for stay dismissed, motion for expedited appeal granted.

Pratique — Jugements et ordonnances — Sursis d'exécution — Requête visant à obtenir une ordonnance sursoyant à l'exécution d'une décision mettant l'intimé en liberté en attendant qu'il soit statué sur l'appel de cette décision, et une ordonnance prévoyant l'instruction accélérée de cet appel — L'intimé, un étranger, est interdit de territoire au Canada en raison d'un certificat de sécurité délivré à son encontre — Le critère en trois volets relatif aux sursis a été appliqué — La prépondérance des inconvénients favorisait l'intimé — Il n'y avait aucune preuve à l'appui d'une préoccupation légitime selon laquelle la mise en liberté de l'intimé en attendant l'audition de l'appel représentait une menace pour la sécurité nationale ou un danger pour la sécurité d'autrui — Requête visant à obtenir un sursis rejetée, requête visant à obtenir une ordonnance prévoyant l'instruction accélérée de l'appel accueillie.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Security Certificate — Release from detention — Respondent, foreign national inadmissible to Canada as result of security certificate issued against him, released from detention while awaiting removal — Appellants seeking stay of judgment releasing respondent pending appeal of that judgment — Granting of stay tantamount to establishing statutory stay pending appeal of all release orders — Immigration and Refugee Protection Act not providing for such a stay.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Certificat de sécurité — Mise en liberté — L'intimé, un étranger interdit de territoire au Canada en raison d'un certificat de sécurité délivré à son encontre, a été mis en liberté en attendant son renvoi — Les appelants demandaient une ordonnance sursoyant à l'exécution de la décision mettant l'intimé en liberté en attendant qu'il soit statué sur l'appel de cette décision — L'octroi d'un sursis aurait équivalu à établir un sursis légal pendant l'appel de toute ordonnance de mise en liberté — La Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés ne prévoit pas un tel sursis.

This was a motion for an order staying a Federal Court judgment releasing Mohamed Harkat from detention pending the disposition of the appeal of that judgment, and for an order expediting that appeal.

Il s'agissait d'une requête visant à obtenir une ordonnance sursoyant à l'exécution d'une décision de la Cour fédérale mettant Mohamed Harkat en liberté en attendant qu'il soit statué sur l'appel de cette décision, et une ordonnance prévoyant l'instruction accélérée de cet appel.

Mr. Harkat is a foreign national inadmissible to Canada on grounds of security. He is the subject of a removal order as a result of the finding, by the Federal Court, that the security certificate issued against him is reasonable. However, because Mr. Harkat's removal did not occur within 120 days of that finding, he could and did apply to be released from detention. This application was granted by Dawson J. ([2007] 1 F.C.R. 321). The appellant Ministers appealed this decision and brought the present motion.

Held, the motion for a stay should be denied; the motion for an expedited hearing should be granted.

The motion for an order expediting the appeal was granted prior to the motion for a stay being heard. With respect to the latter, the tripartite test developed by the Supreme Court of Canada in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* was applied. There were some serious questions to be tried with respect to the factors to be taken into account and the circumstances to be examined by the Court when ordering the release of a person found on reasonable grounds to have engaged in terrorist activities. As to whether the release of Mr. Harkat would cause irreparable harm to the public interest, that question was considered at the third stage, i.e. the balance of convenience stage, because such harm cannot necessarily be expressed, quantified or cured in the traditional way. The interests that needed to be balanced in this case were, on the one hand, the public interest in the security of the state and the safety of all persons, and on the other, the private interests of Mr. Harkat in obtaining his release from prison and the public interest in having laws duly enacted enforced. The possible release of a foreign national who is detained without criminal conviction on the basis of a security certificate found to be reasonable by a judge is the remedy chosen by Parliament to prevent indeterminate or indefinite detention. It expressly addresses the concern for the security of the state by requiring the judge ordering the release to be satisfied that the foreign national will not pose a threat to national security or a danger to the safety of any person. In light of this, as well as the fact that the hearing of the appeal had been expedited and that the granting of a stay would be tantamount to establishing a statutory stay pending the appeal of all release orders made under subsection 84(2), the balance of convenience favoured Mr. Harkat. There was no evidence to support a valid concern that Mr. Harkat's release pending the hearing of the appeal represented a threat or a danger.

M. Harkat est un étranger qui est interdit de territoire au Canada pour raison de sécurité. Une mesure de renvoi a été prise contre lui après que la Cour fédérale a conclu que le certificat de sécurité délivré à son égard était raisonnable. Cependant, parce que le renvoi n'a pas eu lieu dans les 120 jours suivant cette décision, M. Harkat pouvait présenter une demande de mise en liberté, ce qu'il a fait. Cette demande a été accueillie par la juge Dawson ([2007] 1 R.C.F. 321). Les ministres appelants ont interjeté appel de cette décision et ont présenté la requête en l'espèce.

Jugement : la requête visant à obtenir un sursis doit être rejetée; la requête visant à obtenir une ordonnance prévoyant l'instruction accélérée de l'appel doit être accueillie.

La requête visant l'obtention d'une ordonnance prévoyant l'instruction accélérée de l'appel a été accueillie avant l'audition de la requête visant l'obtention d'une ordonnance de sursis. Le critère en trois volets que la Cour suprême du Canada a élaboré dans l'affaire *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)* a été appliqué à la deuxième requête. La Cour devait trancher des questions sérieuses à l'égard des facteurs à prendre en considération et des circonstances devant être examinées par la Cour au moment d'ordonner la mise en liberté d'une personne dont on a conclu, sur des motifs raisonnables, qu'elle s'était livrée à des activités terroristes. La question de savoir si la mise en liberté de M. Harkat causerait un préjudice irréparable à l'intérêt public a été examinée à la troisième étape, qui est celle de la prépondérance des inconvénients, parce que ce préjudice ne peut pas nécessairement être exprimé ou quantifié et on ne peut pas y remédier de façon traditionnelle. En l'espèce, il fallait pondérer, d'une part, l'intérêt public dans la sécurité de l'État et celle de toute personne et, d'autre part, l'intérêt privé de M. Harkat à obtenir sa mise en liberté ainsi que l'intérêt public à ce que les lois dûment édictées soient appliquées. La mise en liberté éventuelle d'un étranger qui est détenu sans déclaration de culpabilité criminelle sur le fondement d'un certificat de sécurité qui a été déclaré raisonnable par un juge est la mesure de redressement choisie par le Parlement pour prévenir la détention de durée indéterminée ou indéfinie. Cette mesure de redressement répond expressément aux préoccupations relatives à la sécurité de l'État en ce qu'elle exige du juge qu'il soit convaincu que l'étranger ne constituera pas une menace pour la sécurité nationale ni un danger pour la sécurité d'autrui. À la lumière de ces faits ainsi que du fait que l'audition de l'appel ait été accéléré et que l'octroi d'un sursis équivaldrait à établir un sursis légal pendant l'appel de toute ordonnance de mise en liberté rendue en vertu du paragraphe 84(2), la prépondérance des inconvénients favorisait M. Harkat. Il n'y avait aucune preuve à l'appui d'une préoccupation légitime selon laquelle la mise en liberté de M. Harkat en attendant l'audition de l'appel représentait une menace ou un danger.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 490 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 73; S.C. 1994, c. 44, s. 38; 1997, c. 18, s. 50), 672.75 (as enacted by S.C. 1991, c. 43, s. 4).

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 50(2) (as am. *idem*, s. 46).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 84(2).

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65 (as am. by S.C. 1994, c. 44, s. 100).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1994] 1 S.C.R. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54 C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241.

CONSIDERED:

Harkat (Re), [2007] 1 F.C.R. 321; 2006 FC 628; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 142; (2005), 251 D.L.R. (4th) 13; 45 Imm. L.R. (3d) 163; 330 N.R. 73; 2005 FCA 54; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341.

REFERRED TO:

Harper v. Canada (Attorney General), [2000] 2 S.C.R. 764; (2000), 271 A.R. 201; 193 D.L.R. (4th) 38; [2001] 9 W.W.R. 201; 92 Alta. L.R. (3d) 1; 262 N.R. 201; 2000 SCC 57.

MOTION for a stay of the Federal Court's judgment ([2007] 1 F.C.R. 321) releasing Mohamed Harkat from detention pending the disposition of the appeal of that judgment, and for an order expediting the hearing of that appeal. Motion for a stay denied; motion for an expedited hearing granted.

APPEARANCES:

Donald A. MacIntosh, David W. Tyndale and Bernard Assan for appellants.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 490 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 73; L.C. 1994, ch. 44, art. 38; 1997, ch. 18, art. 50), 672.75 (édicte par L.C. 1991, ch. 43, art. 4).

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65 (mod. par L.C. 1994, ch. 44, art. 100).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 50(2) (mod., *idem*, art. 46).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 84(2).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1994] 1 R.C.S. 311.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Harkat (Re), [2007] 1 R.C.F. 321; 2006 CF 628; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 142; 2005 CAF 54; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110.

DÉCISION CITÉE :

Harper c. Canada (Procureur général), [2000] 2 R.C.S. 764; 2000 CSC 57.

REQUÊTE visant à obtenir une ordonnance sursoyant à l'exécution d'une décision de la Cour fédérale ([2007] 1 R.C.F. 321) mettant Mohamed Harkat en liberté en attendant qu'il soit statué sur l'appel de cette décision et une ordonnance prévoyant l'instruction accélérée de cet appel. Requête visant à obtenir un sursis rejetée; requête visant à obtenir une ordonnance prévoyant l'instruction accélérée de l'appel accueillie.

ONT COMPARU :

Donald A. MacIntosh, David W. Tyndale et Bernard Assan, pour les appelants.

Matthew C. Webber and Paul D. Copeland for respondent.

Matthew C. Webber et Paul D. Copeland, pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellants.

Webber Schroeder, Ottawa, and Copeland, Duncan, Toronto, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour les appelants.

Webber Schroeder, Ottawa, et Copeland, Duncan, Toronto, pour l'intimé.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

[1] DÉCARY J.A.: This is a motion by the Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness Canada (the Ministers) for an order staying a judgment of Madam Justice Dawson of the Federal Court, dated May 23, 2006, ([2007] 1 F.C.R. 321), pending the disposition of their appeal of the judgment to this Court, and for an order expediting the hearing of the appeal.

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : Il s'agit d'une requête, présentée par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ainsi que le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (les ministres), visant à obtenir une ordonnance sursoyant à l'exécution d'une décision de la juge Dawson de la Cour fédérale, datée du 23 mai 2006 ([2007] 1 R.C.F. 321), en attendant qu'il soit statué sur leur appel de la décision interjeté devant notre Cour, et une ordonnance prévoyant l'instruction accélérée de l'appel.

[2] In the impugned decision, the Judge granted Mr. Mohamed Harkat's (Mr. Harkat) application for release from detention while attempts are being made to remove him from Canada.

[2] Dans la décision contestée, la juge a accueilli la demande de M. Mohamed Harkat (M. Harkat) visant à être mis en liberté tandis qu'on tente de le renvoyer du Canada.

[3] In the impugned decision, the Judge makes the following findings, at paragraph 4:

[3] Dans la décision contestée, la juge tire les conclusions suivantes, au paragraphe 4 :

In these reasons, I:

Dans les présents motifs :

(i) find as a fact that there has been an unexplained delay in the process necessary to determine whether Mr. Harkat may be removed from Canada. This delay has prolonged Mr. Harkat's detention and constitutes a distinct departure from the circumstances previously before the Court. It follows that this second application for release is properly brought by Mr. Harkat;

i) Je tire comme conclusion de fait qu'il y a eu un délai inexpliqué dans le processus requis pour établir si M. Harkat peut être renvoyé du Canada. Ce délai a entraîné la prolongation de la détention de M. Harkat et constitue un net changement par rapport à la situation dont la Cour était précédemment saisie. C'est donc à juste titre que M. Harkat a présenté sa seconde demande de mise en liberté.

(ii) find that Mr. Harkat has met the onus upon him to establish that he will not be removed from Canada within a reasonable time;

ii) Je conclus que M. Harkat s'est acquitté de l'obligation lui incombant d'établir qu'il ne sera pas renvoyé du Canada dans un délai raisonnable.

(iii) find that Mr. Harkat's release without condition would pose a threat to national security or to the safety of any person; and

iii) Je conclus que la mise en liberté sans condition de M. Harkat constituerait un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui.

(iv) find that a series of terms and conditions can be imposed upon Mr. Harkat that will, on a balance of probabilities, neutralize or contain any threat or danger posed by his release.

[4] At paragraph 95, the Judge sets out 23 terms and conditions, the complete list of which is attached as Appendix I to these reasons.

[5] I wish to make clear at the outset that neither the impugned decision nor the one I am about to make on this motion have any impact on Madam Justice Dawson's final determination, on March 22, 2005, that Mr. Harkat, a foreign national, was inadmissible to Canada based on the anti-terrorism provisions of the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] (the Act), and that the security certificate issued against him in December 2002 was reasonable. Her conclusion, which still stands, was that there were reasonable grounds to believe that Mr. Harkat has engaged in terrorism and that it was clear and beyond doubt that Mr. Harkat had lied under oath in several important respects.

[6] It also goes without saying that nothing in these reasons should be seen as prejudging the appeal.

[7] This motion was argued on the sole basis of the public record. The Ministers do not rely on, nor am I privy to, the secret record which was before the Federal Court Judge.

[8] When a security certificate has been found by the Federal Court to be reasonable, the foreign national remains in detention until his removal from Canada if the removal occurs within 120 days after the Federal Court has made its determination. Once the period of 120 days has elapsed, the foreign national who has not yet been removed from Canada may apply to the Federal Court to be released from detention (subsection 84(2) of the Act),

84. . . .

(2) . . . under terms and conditions that the judge considers appropriate, if satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the

iv) Je conclus qu'un ensemble de conditions peuvent assortir la mise en liberté de M. Harkat qui, selon la prépondérance des probabilités, neutraliseraient ou contrecarreraient tout danger susceptible d'être occasionné par sa mise en liberté.

[4] Au paragraphe 95, la juge énonce 23 conditions dont la liste complète est jointe aux présents motifs en tant qu'annexe I.

[5] Je voudrais préciser dès le départ que ni la décision contestée ni celle que je suis sur le point de rendre sur la présente requête n'ont un quelconque impact sur la décision finale de la juge Dawson, rendue le 22 mars 2005, selon laquelle M. Harkat, un étranger, était interdit de territoire au Canada sur la base des dispositions antiterroristes de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (la Loi) et selon laquelle le certificat de sécurité délivré à son encontre en décembre 2002 était raisonnable. Sa conclusion, qui demeure inchangée, était qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que M. Harkat s'était livré au terrorisme et qu'il ressortait très nettement que M. Harkat, qui témoignait sous serment, avait menti sur plusieurs points importants.

[6] Il va aussi de soi que rien dans les présents motifs ne devrait être considéré comme préjugeant l'issue de l'appel.

[7] La présente requête a été plaidée sur le seul fondement du dossier public. Les ministres ne s'appuient pas sur le dossier secret dont disposait la juge de la Cour fédérale et je n'en ai pas pris connaissance non plus.

[8] Lorsque la Cour fédérale a conclu qu'un certificat de sécurité était raisonnable, l'étranger demeure en détention jusqu'à son renvoi du Canada si le renvoi a lieu dans les 120 jours suivant la décision rendue par la Cour fédérale. Une fois la période de 120 jours écoulée, l'étranger qui n'a pas encore été renvoyé du Canada peut présenter une demande à la Cour fédérale afin d'être mis en liberté (le paragraphe 84(2) de la Loi),

84. [. . .]

(2) [. . .] aux conditions [que le juge] estime indiquées [. . .] sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un

release will not pose a danger to national security or to the safety of any person.

[9] Prior to the hearing, counsel were informed that the appeal would be expedited whatever the fate of the motion for an order to stay and that this Court would hear the appeal during the first or second week of July 2006. It has been agreed that the hearing would take place on Thursday, July 13, 2006, in Ottawa.

[10] The granting of a stay pending the disposition of an appeal is an extraordinary remedy. The burden rests upon the losing party (in this case the Ministers) to meet the tripartite test developed by the Supreme Court of Canada (*RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*), [1994] 1 S.C.R. 311, at page 334). The test runs as follows:

First, a preliminary assessment must be made of the merits of the case to ensure that there is a serious question to be tried. Secondly, it must be determined whether the applicant would suffer irreparable harm if the application were refused. Finally, an assessment must be made as to which of the parties would suffer greater harm from the granting or refusal of the remedy pending a decision on the merits.

A serious question

[11] The first part of the test is generally relatively easy to meet. As was stated in *RJR — MacDonald* (at pages 337 and 338), “[t]he threshold is a low one. The judge . . . must make a preliminary assessment of the merits of the case. . . . Once satisfied that the application is neither vexatious nor frivolous, the motion judge should proceed to consider the second and third tests. . . . A prolonged examination of the merits is generally neither necessary nor desirable.”

[12] In the case at bar, I am satisfied that the appeal raises some serious questions with respect to the factors to be taken into account and the circumstances to be looked at by the Court when ordering the release of a person found on reasonable grounds to have engaged in terrorist activities.

danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui.

[9] Avant l’audience, les avocats ont été informés que l’appel serait accéléré quel que soit le sort de la requête visant l’obtention d’une ordonnance de sursis et que la Cour entendrait l’appel au cours de la première ou de la deuxième semaine de juillet 2006. Il a été convenu que l’audience se tiendrait le jeudi 13 juillet 2006, à Ottawa.

[10] Le fait d’accorder un sursis en attendant qu’il soit statué sur un appel constitue une mesure extraordinaire. Le fardeau incombe à la partie qui succombe (en l’occurrence les ministres) de satisfaire au critère en trois volets élaboré par la Cour suprême du Canada (*RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*), [1994] 1 R.C.S. 311, à la page 334). Voici en quoi consiste le critère :

Premièrement, une étude préliminaire du fond du litige doit établir qu’il y a une question sérieuse à juger. Deuxièmement, il faut déterminer si le requérant subirait un préjudice irréparable si sa demande était rejetée. Enfin, il faut déterminer laquelle des deux parties subira le plus grand préjudice selon que l’on accorde ou refuse le redressement en attendant une décision sur le fond. Il peut être utile d’examiner chaque aspect du critère et de l’appliquer ensuite aux faits en l’espèce.

Une question sérieuse

[11] La première partie du critère est en général relativement facile à satisfaire. Comme il a été mentionné dans l’arrêt *RJR — MacDonald* (aux pages 337 et 338), « [l]es exigences minimales ne sont pas élevées. Le juge [. . .] doit faire un examen préliminaire du fond de l’affaire. [. . .] Une fois convaincu qu’une réclamation n’est ni futile ni vexatoire, le juge de la requête devrait examiner les deuxième et troisième critères [. . .] Il n’est en général ni nécessaire ni souhaitable de faire un examen prolongé du fond de l’affaire ».

[12] En l’espèce, je suis convaincu que l’appel soulève certaines questions sérieuses à l’égard des facteurs à prendre en considération et des circonstances devant être examinées par la Cour au moment d’ordonner la mise en liberté d’une personne dont on a conclu, sur des motifs raisonnables, qu’elle s’était livrée à des activités terroristes.

Irreparable harm

[13] At this stage, using again the words of the Supreme Court of Canada in *RJR — MacDonald*, at page 341:

... the only issue to be decided is whether a refusal to grant relief could so adversely affect the applicants' own interests that the harm could not be remedied if the eventual decision on the merits does not accord with the result of the interlocutory application.

"Irreparable" refers to the nature of the harm suffered rather than its magnitude. It is harm which either cannot be quantified in monetary terms or which cannot be cured, usually because one party cannot collect damages from the other.

[14] The Ministers submit that they will suffer irreparable harm if Mr. Harkat is released from detention pending the appeal because "the risk of terrorism perpetrated by Harkat on his own, or in concert with others, is not diminished by the conditions Dawson J. imposed on him" and "the threat is in no way either mitigated or diminished by the conditions the Court has imposed on Harkat" (memorandum of fact and law, paragraphs 59 and 61).

[15] No affidavit evidence was tendered by the Ministers to support their submissions with respect to the risk posed by Mr. Harkat. The submissions are made in absolute terms. One would have expected them to be somehow substantiated.

[16] In most instances the failure to provide any affidavit with respect to irreparable harm would be fatal. This is not, however, a typical case. We are dealing here with an alleged harm to the public interest, which cannot necessarily be expressed, quantified or cured in the traditional way. The Supreme Court of Canada, at page 341 of its reasons in *RJR — MacDonald*, appears to be of the view that the question of irreparable harm to the public interest should rather be considered at the third stage, which is the balance of convenience stage. I am prepared, accordingly, to move on to that third stage.

Le préjudice irréparable

[13] À la présente étape, pour reprendre encore une fois les termes de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *RJR — MacDonald*, à la page 341 :

[...] la seule question est de savoir si le refus du redressement pourrait être si défavorable à l'intérêt du requérant que le préjudice ne pourrait pas faire l'objet d'une réparation, en cas de divergence entre la décision sur le fond et l'issue de la demande interlocutoire.

Le terme « irréparable » a trait à la nature du préjudice subi plutôt qu'à son étendue. C'est un préjudice qui ne peut être quantifié du point de vue monétaire ou un préjudice auquel il ne peut être remédié, en général parce qu'une partie ne peut être dédommée par l'autre.

[14] Les ministres soutiennent qu'ils subiront un préjudice irréparable si M. Harkat est mis en liberté pendant l'appel, parce que [TRADUCTION] « les conditions que lui a imposées la juge Dawson ne diminuent pas le risque que M. Harkat commette un acte de terrorisme, de sa propre initiative ou de concert avec d'autres », et que [TRADUCTION] « la menace n'est d'aucune façon atténuée ou réduite par les conditions que la Cour a imposées à M. Harkat » (mémoire des faits et du droit, paragraphes 59 et 61).

[15] Les ministres n'ont présenté aucune preuve par affidavit à l'appui de leurs observations à l'égard du risque que constitue M. Harkat. Les observations sont formulées en termes absolus. On se serait attendu à ce qu'elles soient étayées, d'une façon ou d'une autre.

[16] Le défaut de fournir un affidavit relativement au préjudice irréparable serait fatal dans la plupart des cas. Il ne s'agit pas ici, cependant, d'un cas type. Ce dont nous traitons en l'espèce, c'est d'un préjudice allégué à l'intérêt public, lequel ne peut pas nécessairement être exprimé ou quantifié, ou auquel il ne peut être remédié de façon traditionnelle. La Cour suprême du Canada, à la page 341 de ses motifs dans l'arrêt *RJR — MacDonald*, semble être d'avis que la question du préjudice irréparable à l'intérêt public devrait plutôt être examinée à la troisième étape, qui est celle de la prépondérance des inconvénients. Je suis donc prêt à passer à cette étape.

Balance of convenience

[17] In this third stage of the test the Court must decide which party would suffer the greatest hardship if the stay is granted or denied.

[18] The Ministers, essentially, allege harm to the public interest, namely the security of the state and the safety of the population. Mr. Harkat, essentially, alleges that his recently acquired right to be released from detention pending removal procedures would be infringed.

[19] The question of public interest is not as simple as the Ministers suggest. Clearly, and undoubtedly, security of the state and safety of the population are the most serious matters of public interest one can imagine. But they cannot be looked at in a vacuum. As they have been regulated by Parliament, there is also a public interest in ensuring that laws that have been enacted in that respect through a democratic process and for the public good are enforced.

[20] This Court in *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 142 (F.C.A.) (an appeal from that decision will be heard by the Supreme Court of Canada next week), has made it clear that the objective behind subsection 84(2) of the Act is “to ensure judicial examination of detention and judicial protection against indeterminate or indefinite detention” (at paragraph 36). The possible release, albeit under very onerous terms and conditions and for a temporary period, of a foreign national who is being detained without criminal conviction on the basis of a security certificate found by a judge to be reasonable, is an important part of the legislative scheme put in place to deal with terrorism in a non-criminal context. It is the remedy chosen by Parliament to prevent indeterminate or indefinite detention, a concept which is simply not in harmony with our democratic values even when applied to persons who have been found on reasonable grounds to have engaged in terrorist activities. In addition, this remedy expressly addresses the concern for the security of the state which the Ministers rightfully advocate, in that it requires the judge to satisfy him or herself that the release of the foreign national will not pose a threat to

La prépondérance des inconvénients

[17] À cette troisième étape du critère, la Cour doit déterminer laquelle des parties subirait le plus grand préjudice si le sursis était accordé ou refusé.

[18] Les ministres allèguent essentiellement un préjudice à l'intérêt public, à savoir la sécurité de l'État et celle de la population. M. Harkat allègue essentiellement que son droit récemment acquis d'être mis en liberté pendant la procédure de renvoi serait violé.

[19] La question de l'intérêt public n'est pas aussi simple que ce que les ministres laissent entendre. Évidemment, et indubitablement, la sécurité de l'État et celle de la population sont les plus sérieuses questions d'intérêt public que l'on puisse imaginer. Elles ne peuvent toutefois pas être examinées dans l'abstrait. Comme elles ont été réglementées par le Parlement, il y a également un intérêt public à s'assurer que les lois qui ont été édictées à cet égard par l'entremise d'un processus démocratique et pour le bien du public soient appliquées.

[20] La Cour, dans l'arrêt *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 142 (C.A.F.) (un pourvoi à l'encontre de cet arrêt sera entendu par la Cour suprême du Canada la semaine prochaine), a établi clairement que l'objectif qui sous-tend le paragraphe 84(2) de la Loi est « d'assurer le contrôle judiciaire des motifs de la détention et la protection judiciaire contre toute détention de durée indéterminée ou indéfinie » (au paragraphe 36). La mise en liberté éventuelle, quoique sous des conditions très rigoureuses et pour une période temporaire, d'un étranger qui est détenu sans déclaration de culpabilité criminelle sur le fondement d'un certificat de sécurité qui a été déclaré raisonnable par un juge, est un aspect important du régime législatif mis en place pour faire face au terrorisme dans un contexte non criminel. C'est la mesure de redressement choisie par le Parlement pour prévenir la détention de durée indéterminée ou indéfinie, un concept qui n'est tout simplement pas conforme à nos valeurs démocratiques, même lorsqu'il est appliqué à des personnes dont on a conclu, sur des motifs raisonnables, qu'elles s'étaient livrées à des activités terroristes. De plus, cette mesure de redressement

national security or a danger to the safety of any person.

[21] This is not a case where the constitutional validity of a statute or the legality of some acts of the state are at issue or where there has been a breach of the law (see, for example, *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2000] 2 S.C.R. 764). Mr. Harkat applied for his release in the way set out in the Act. The Judge, in reviewing the detention, was performing a duty assigned to her by Parliament. In ordering the release of Mr. Harkat on very strict conditions, the Judge was making an order permitted by law. The release, pending removal procedures, is a possibility that was contemplated by our elected representatives in certain circumstances. The protection by the courts of the right to seek release is a matter of public interest.

[22] Whether the terms and conditions imposed on Mr. Harkat are workable and can neutralize the risk he now poses, is not a matter in the public domain or a matter a court could be inherently expected to be aware of. Absent affidavit evidence I simply cannot accept as facts what are, in the end, speculations.

[23] I am asked to balance, on the one hand, the public interest in the security of the state and the safety of all persons, and on the other, the private interest of Mr. Harkat in obtaining his release from prison and the public interest in having laws duly enacted being enforced.

[24] If the stay is granted Mr. Harkat will be deprived of the liberty he just regained (albeit in a temporary way and under strict conditions) and, in view of the fact that no relevant affidavit was filed by the Ministers, a stay would for all practical purposes become the rule whenever a release order is appealed from. The Supreme

répond expressément aux préoccupations relatives à la sécurité de l'État, dont les ministres se font légitimement les défenseurs, en ce qu'elle exige du juge qu'il soit convaincu que la mise en liberté ne constituera pas une menace pour la sécurité nationale ni un danger pour la sécurité d'autrui.

[21] Il ne s'agit pas d'un cas où la validité constitutionnelle d'une loi ou la légalité de certains actes de l'État sont en cause, ni d'un cas où il y a eu infraction à la loi (voir, par exemple, l'arrêt *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2000] 2 R.C.S. 764). M. Harkat a présenté une demande pour être mis en liberté de la manière prévue par la Loi. Lorsqu'elle a procédé au contrôle de la détention, la juge s'acquittait d'une obligation que lui avait imposée le Parlement. En ordonnant la mise en liberté de M. Harkat sur des conditions très strictes, la juge rendait une ordonnance permise par la loi. La mise en liberté, pendant la procédure de renvoi, est une possibilité qui était envisagée par nos représentants élus dans certaines circonstances. La protection de la part des tribunaux du droit de solliciter la mise en liberté constitue une question d'intérêt public.

[22] La question de savoir si les conditions imposées à M. Harkat sont réalisables et peuvent neutraliser le risque qu'il constitue actuellement n'est pas une question relevant du domaine public ou dont un tribunal devrait, par nature, être au courant. En l'absence d'une preuve par affidavit, je ne peux tout simplement pas accepter comme étant des faits ce qui, en définitive, n'est que conjectures.

[23] On me demande de pondérer, d'un côté, l'intérêt public dans la sécurité de l'État et celle de toute personne, et de l'autre, l'intérêt privé de M. Harkat à obtenir sa mise en liberté ainsi que l'intérêt public à ce que les lois dûment édictées soient appliquées.

[24] Si le sursis est accordé, M. Harkat sera privé de la liberté qu'il vient juste de recouvrer (quoique de façon temporaire et sous des conditions strictes) et, compte tenu du fait qu'aucun affidavit pertinent n'a été déposé par les ministres, un sursis deviendrait, en pratique, la règle chaque fois qu'un appel serait interjeté

Court of Canada, in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at page 152, has indeed stated that it expected a motion judge “to weigh the precedential value and exemplary effect of granting a stay”. To grant a stay in the circumstances would be tantamount to establishing a statutory stay pending appeal of all release orders made under subsection 84(2) of the Act. Some statutes provide for stays pending appeal (for example, see, section 65 [as am. by S.C. 1994, c. 44, s. 100] of the *Supreme Court Act* [R.S.C., 1985, c. S-26], subsection 50(2) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 46] of the *Federal Courts Act* [R.S.C. 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] and sections 490 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 73; S.C. 1994, c. 44, s. 38; 1997, c. 18, s. 50] and 672.75 [as enacted by S.C. 1991, c. 43, s. 4] of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]). This Act does not.

[25] If the stay is denied, there is no affidavit evidence before me that suggests that Mr. Harkat is likely to pose a security risk between now and the time of the hearing of the appeal. Dawson J. was aware of all the circumstances of the case, including those to which I did not have access, when she drafted the terms and conditions of the release. My role is not to speculate as to what evidence there might have been which would have satisfied me that public interest in the security of the state and in the safety of persons warranted a stay pending the appeal. The fact that the hearing of the appeal has been expedited, is also relevant: the likelihood of any harm to the public in the short interim is likely to be reduced.

[26] All in all, I have reached the view that the Ministers have not met their burden and that the balance of convenience favors Mr. Harkat.

[27] It is true that Mr. Harkat was found by Dawson J. to have engaged in terrorist activities. It is also true, however, that the very same Judge has found that at the present time his release from detention under strict

à l’encontre d’une ordonnance de mise en liberté. Dans l’arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, à la page 152, la Cour suprême du Canada a même dit qu’elle s’attendait à ce qu’un juge des requêtes « pren[ne] en considération la valeur de précédents et l’effet exemplaire qu’aurait une décision de suspendre ». Dans les circonstances, accorder un sursis équivaldrait à établir un sursis légal pendant l’appel de toute ordonnance de mise en liberté rendue en vertu du paragraphe 84(2) de la Loi. Certaines lois prévoient des sursis pendant l’appel (voir, par exemple, l’article 65 [mod. par L.C. 1994, ch. 44, art. 100] de la *Loi sur la Cour suprême* [L.R.C. (1985), ch. S-26], le paragraphe 50(2) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 46] 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)] et les articles 490 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl), ch. 27, art. 73; L.C. 1994, ch. 44, art. 38; 1997, ch. 18, art. 50] et 672.75 [édicte par L.C. 1991, ch. 43, art. 4] du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46]). Ce n’est pas le cas de la présente Loi.

[25] Si le sursis est refusé, on ne m’a présenté aucune preuve par affidavit donnant à penser que M. Harkat sera susceptible de poser un danger pour la sécurité d’ici à ce que l’appel soit entendu. La juge Dawson avait pris connaissance de toutes les circonstances de l’espèce, y compris celles auxquelles je n’ai pas eu accès, au moment de rédiger les conditions de la mise en liberté. Mon rôle n’est pas de faire des conjectures quant à savoir quels éléments de preuve auraient pu me convaincre que l’intérêt public à la sécurité de l’État et à celle des personnes justifiait un sursis pendant l’appel. Le fait que l’audition de l’appel ait été accéléré est également pertinent : la probabilité d’un préjudice à l’égard du public dans le court intervalle est vraisemblablement réduite.

[26] Somme toute, je suis d’avis que les ministres ne se sont pas acquittés du fardeau qui leur incombait et que la prépondérance des inconvénients favorise M. Harkat.

[27] Il est vrai que la juge Dawson a conclu que M. Harkat s’était livré à des activités terroristes. Il est également vrai, cependant, qu’elle a tiré la conclusion selon laquelle, à l’heure actuelle, la mise en liberté de

conditions does not pose a threat to national security or a danger to the safety of any person. There is absolutely no evidence before me in this motion to support a valid concern that Mr. Harkat's release pending the hearing of the Ministers' appeal represents a threat or a danger. To grant a stay absent any evidence would be to deny Mr. Harkat the benefit of the law as it now stands and to substitute my own opinion to that of Madam Justice Dawson, thereby prejudging the appeal.

Disposition

[28] The motion for an order to stay the decision rendered on May 23, 2006 by Madam Justice Dawson is dismissed.

[29] The motion for an expedited hearing of the appeal is granted. The appeal will be heard in Ottawa on July 13, at 10:00 a.m., for a duration not to exceed one day. The appeal books, and the memorandum of fact and law of the appellants must be served and filed at the latest on June 30, 2006. The memorandum of fact and law of the respondent must be served and filed at the latest on July 7, 2006.

Appendix I

Terms and conditions set out in paragraph 95 of Madam Justice Dawson's reasons of May 23, 2006, *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 321.

1. Mr. Harkat is to be released from incarceration on terms that he sign a document, to be prepared by his counsel and to be approved by counsel for the Ministers, in which he agrees to comply strictly with each of the following terms and conditions.

2. Mr. Harkat, before his release from incarceration, shall be fitted with an electronic monitoring device as from time to time arranged by the CBSA [Canada Border Services Agency], along with a tracking unit. Mr. Harkat shall thereafter at all times wear the monitoring device and at no time shall he tamper with the monitoring device or the tracking unit or allow them to be tampered with. Also prior to his release, Mr. Harkat shall arrange at his expense for the

M. Harkat, sous des conditions strictes, ne constituait pas une menace pour la sécurité nationale ni un danger pour la sécurité d'autrui. Dans le cadre de la présente requête, on ne m'a présenté absolument aucune preuve à l'appui d'une préoccupation légitime selon laquelle la mise en liberté de M. Harkat en attendant l'audition de l'appel interjeté par les ministres représentait une menace ou un danger. Le fait d'accorder un sursis en l'absence de toute preuve reviendrait à nier à M. Harkat le bénéfice de la loi actuellement en vigueur et de substituer ma propre opinion à celle de la juge Dawson, préjugant ainsi l'issue de l'appel.

Décision

[28] La requête visant à obtenir une ordonnance sursoyant à l'exécution de la décision rendue le 23 mai 2006 par la juge Dawson est rejetée.

[29] La requête visant à obtenir une ordonnance prévoyant l'instruction accélérée de l'appel est accueillie. L'appel sera entendu à Ottawa le 13 juillet à 10 h, pour une durée ne dépassant pas un jour. Les dossiers d'appel ainsi que le mémoire des faits et du droit des appelants doivent être signifiés et déposés au plus tard le 30 juin 2006. Le mémoire des faits et du droit de l'intimé doit être signifié et déposé au plus tard le 7 juillet 2006.

Annexe I

Conditions énoncées au paragraphe 95 des motifs de M^{me} la juge Dawson, datés du 23 mai 2006, *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 321.

1. La mise en liberté de M. Harkat est conditionnelle à ce qu'il signe un document, devant être rédigé par ses avocats et approuvé par les avocats des ministres, par lequel il convient de se conformer strictement à chacune des conditions qui suivent.

2. Avant sa mise en liberté, M. Harkat sera muni d'un dispositif de télésurveillance, selon les arrangements que pourra prendre l'ASFC [Agence des services frontaliers du Canada], ainsi que d'un appareil de repérage. M. Harkat devra toujours porter par la suite ce dispositif et ne jamais altérer celui-ci ou l'appareil de repérage, ni permettre à quiconque d'altérer l'un ou l'autre. M. Harkat devra, également avant sa mise en liberté, faire installer à ses frais dans le domicile

installation in the residence specified below of a separate dedicated land-based telephone line meeting the CBSA's requirements to allow effective electronic monitoring. Mr. Harkat shall consent to the disabling as necessary of all telephone features and services for such separate dedicated land-based telephone line.

3. Prior to Mr. Harkat's release from incarceration, the CBSA shall install and test the necessary equipment and shall report to the Court as to whether it is satisfied that the equipment is properly working and that all necessary things have been done to initiate electronic monitoring.

4. Prior to Mr. Harkat's release from incarceration, the sum of \$35,000 is to be paid into Court pursuant to rule 149 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]. In the event that any term of the order releasing Mr. Harkat is breached, an order may be sought by the Ministers that the full amount, plus any accrued interest, be paid to the Attorney General of Canada.

5. Prior to Mr. Harkat's release from incarceration, the following seven individuals shall execute performance bonds by which they agree to be bound to Her Majesty the Queen in right of Canada in the amounts specified below. The condition of each performance bond shall be that if Mr. Harkat breaches any terms or conditions contained in the order of release, as it may from time to time be amended, the sums guaranteed by the performance bonds shall be forfeited to Her Majesty. The terms and conditions of the performance bonds shall be provided to counsel for Mr. Harkat by counsel for the Ministers and shall be in accordance with the terms and conditions of guarantees provided pursuant to section 56 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Each surety shall acknowledge in writing having reviewed the terms and conditions contained in this order.

(i) Pierrette Brunette	\$50,000
(ii) Sophie Harkat	\$ 5,000
(iii) Kevin Skerritt	\$10,000
(iv) Leonard Bush	\$10,000
(v) Jessica Squires	\$ 1,000
(vi) Pierre Loranger	\$ 1,500
(vii) Alois Weidemann	\$ 5,000

6. Upon his release from incarceration, Mr. Harkat shall be taken by the RCMP (or such other agency as the CBSA and the RCMP may agree) to, and he shall thereafter reside at, _____ in the City of Ottawa, Ontario (residence)

précisé plus loin une ligne téléphonique conventionnelle spécialisée satisfaisant aux exigences de l'ASFC pour assurer une surveillance électronique efficace. M. Harkat devra consentir à l'invalidation pouvant être requise de toute fonction ou de tout service de cette ligne téléphonique conventionnelle spécialisée.

3. Avant la mise en liberté de M. Harkat, l'ASFC devra faire installer et mettre à l'essai l'équipement nécessaire puis signaler à la Cour si elle estime que l'équipement fonctionne correctement et que tout le nécessaire a été fait pour pouvoir procéder à la surveillance électronique.

4. Avant la mise en liberté de M. Harkat, la somme de 35 000,00 \$ devra être versée à la Cour conformément à la règle 149 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)]. S'il y a violation d'une quelconque condition de l'ordonnance de mise en liberté de M. Harkat, les ministres pourront solliciter une ordonnance prescrivant le versement total de cette somme, plus les intérêts courus, au procureur général du Canada.

5. Avant la mise en liberté de M. Harkat, les sept personnes mentionnées ci-dessous devront passer des actes de cautionnement de bonne exécution au moyen desquels elles conviennent d'être liées envers Sa Majesté la Reine du Chef du Canada quant aux montants précisés ci-dessous. Chaque cautionnement de bonne exécution sera assorti d'une condition selon laquelle, si M. Harkat enfreint l'une ou l'autre des conditions prévues dans l'ordonnance de mise en liberté, tel qu'elles pourront être modifiées, les sommes garanties par les cautionnements seront confisquées au profit de Sa Majesté. Les conditions des cautionnements de bonne exécution, qui devront être conformes à celles prévues à l'article 56 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, seront communiquées par les avocats des ministres aux avocats de M. Harkat. Chaque caution devra reconnaître par écrit avoir examiné les conditions prévues dans la présente ordonnance.

i) Pierrette Brunette	50 000 \$
ii) Sophie Harkat	5 000 \$
iii) Kevin Skerritt	10 000 \$
iv) Leonard Bush	10 000 \$
v) Jessica Squires	1 000 \$
vi) Pierre Loranger	1 500 \$
vii) Alois Weidemann	5 000 \$

6. Au moment de sa mise en liberté, M. Harkat sera conduit par la GRC (ou un autre organisme dont l'ASFC et la GRC pourront convenir) et il résidera par la suite au _____, dans la cité d'Ottawa, en Ontario (le

with Sophie Harkat, his wife, Pierrette Brunette, his mother-in-law, and Pierre Loranger. In order to protect the privacy of those individuals, the address of the residence shall not be published within the public record of this proceeding. Mr. Harkat shall remain in such residence at all times, except for a medical emergency or as otherwise provided in this order. While at the residence Mr. Harkat is not to be left alone in the residence. That is, at all times he is in the residence either Sophie Harkat or Pierrette Brunette or some other person approved by the Court must also be in the residence. The term "residence" as used in these reasons encompasses only the dwelling house and does not include any outside space associated with it.

7. Between the hours of 8:00 a.m. and 9:00 p.m., Mr. Harkat may exit the residence but he shall remain within the boundary of any outside space associated with the residence (that is, the yard). He must at all times be accompanied by either Sophie Harkat or Pierrette Brunette. While in the yard, he may only meet with persons referred to in paragraph 9, below.

8. Mr. Harkat may, between the hours of 8:00 a.m. and 9:00 p.m., with the prior approval of the CBSA, leave the residence three times per week for a duration not to exceed 4 hours on each absence. A request for such approval shall be made at least 48 hours in advance of the intended absence and shall specify the location or locations Mr. Harkat wishes to attend and the times when he shall leave and return to the residence. If such absence is approved, Mr. Harkat shall, prior to leaving the residence and immediately upon his return to the residence, report as more specifically directed by a representative of the CBSA. During all approved absences from the residence, Mr. Harkat shall at all times have on his person the tracking unit enabling electronic monitoring and shall be accompanied at all times by either Sophie Harkat or Pierrette Brunette, who shall bear responsibility for supervising Mr. Harkat and for ensuring that he complies fully with all of the terms and conditions of this order. This requires them to remain continuously with Mr. Harkat while he is away from the residence. Prior to Mr. Harkat's release from incarceration, Sophie Harkat and Pierrette Brunette shall each sign a document in which they acknowledge and accept such responsibility, specifically including their obligation to immediately report to the CBSA any breach of any term or condition of this order. The document shall be prepared by Mr. Harkat's counsel and shall be submitted to counsel for the Ministers for approval.

9. No person shall be permitted to enter the residence except:

- (a) Sophie Harkat and Pierrette Brunette.
- (b) the other individuals specified in paragraph 5 above.

domicile), avec Sophie Harkat, son épouse, Pierrette Brunette, sa belle-mère, et Pierre Loranger. Pour protéger la vie privée de ces personnes, l'adresse du domicile ne sera pas publiée dans le dossier public de la présente instance. M. Harkat devra demeurer dans ce domicile en tout temps, sauf s'il y a urgence médicale ou tel que le prévoit par ailleurs la présente ordonnance. M. Harkat ne devra pas rester seul dans le domicile. Cela veut dire qu'en tout temps où M. Harkat est dans le domicile, soit Sophie Harkat, soit Pierrette Brunette, soit une autre personne approuvée par la Cour, devra également s'y trouver. Le mot « domicile » utilisée dans les présents motifs vise uniquement la maison d'habitation, à l'exclusion de tout espace extérieur qui y est associé.

7. M. Harkat pourra sortir du domicile entre 8 h et 21 h, mais il devra demeurer alors dans les limites de tout espace extérieur qui y est associé (c'est-à-dire la cour). Il devra alors être accompagné en tout temps soit de Sophie Harkat, soit de Pierrette Brunette. Dans la cour, M. Harkat ne pourra rencontrer que les personnes mentionnées au paragraphe 9 ci-dessous.

8. M. Harkat pourra, entre 8 h et 21 h et sur autorisation préalable de l'ASFC, quitter le domicile trois fois par semaine pour une durée maximale de 4 heures par absence. La demande d'une telle autorisation devra être présentée au moins 48 heures à l'avance, et on devra y préciser le ou les lieux où M. Harkat désire se rendre et l'heure de son départ ainsi que de son retour au domicile. Si une telle absence est autorisée, M. Harkat devra signaler son départ avant de quitter le domicile et signaler son arrivée sans délai, tel que le lui enjoindra plus précisément un représentant de l'ASFC. Lors de toutes les absences du domicile autorisées, M. Harkat devra en tout temps porter sur lui l'appareil de repérage permettant la surveillance électronique et être accompagné soit de Sophie Harkat, soit de Pierrette Brunette, qui auront pour responsabilité de surveiller M. Harkat et de s'assurer qu'il se conforme entièrement à toutes les conditions de la présente ordonnance. Cela exigera d'elles qu'elles soient toujours auprès de M. Harkat pendant qu'il sera à l'extérieur du domicile. Avant la mise en liberté de M. Harkat, tant Sophie Harkat que Pierrette Brunette devront signer un document dans laquelle elles reconnaîtront avoir une telle responsabilité et accepteront de l'assumer, ce qui comprend particulièrement l'obligation de signaler sans délai à l'ASFC toute violation d'une condition de l'ordonnance. Les avocats de M. Harkat devront établir ce document, qui sera soumis pour approbation aux avocats des ministres.

9. Aucune personne ne pourra entrer dans le domicile, à l'exception des suivantes :

- a) Sophie Harkat et Pierrette Brunette;
- b) les autres personnes mentionnées au paragraphe 5 ci-dessus;

(c) his legal counsel, Paul Copeland and Matthew Webber.

(d) in an emergency, fire, police and health-care professionals.

(e) a person approved in advance by the CBSA. In order to obtain such approval, the name, address and date of birth of such person must be provided to the CBSA. Prior approval need not be required for subsequent visits by a previously approved person, however the CBSA may withdraw its approval at any time.

10. When, with the approval of the CBSA, Mr. Harkat leaves the residence he shall not:

(i) leave the area bordered by streets or geographic features to be agreed upon by all counsel prior to Mr. Harkat's release from incarceration. The boundary shall be specified in a further order of this Court.

(ii) attend at any airport, train station or bus depot or car rental agency, or enter upon any boat or vessel.

(iii) meet any person by prior arrangement other than:

(a) Paul Copeland or Matthew Webber; and

(b) any person approved in advance by the CBSA. In order to obtain such approval, the name, address and date of birth of such person must be provided to the CBSA.

(iv) go to any location other than that or those approved pursuant to paragraph 8 above, during the hours approved.

11. Mr. Harkat shall not, at any time or in any way, associate or communicate directly or indirectly with:

(i) any person whom Mr. Harkat knows, or ought to know, supports terrorism or violent Jihad or who attended any training camp or guest house operated by any entity that supports terrorism or violent Jihad;

(ii) any person Mr. Harkat knows, or ought to know, has a criminal record; or

(iii) any person the Court may in the future specify in an order amending this order.

12. Except as provided herein, Mr. Harkat shall not possess, have access to or use, directly or indirectly, any radio or radio

c) les avocats de M. Harkat, soit Paul Copeland et Matthew Webber;

d) en cas d'urgence, des pompiers, des policiers et des professionnels de la santé;

e) toute personne autorisée à l'avance par l'ASFC. Pour obtenir une telle autorisation, il faudra communiquer à l'ASFC le nom, l'adresse et la date de naissance de l'intéressé; l'autorisation préalable ne sera pas requise pour les visites subséquentes d'une personne préalablement autorisée, mais l'ASFC peut retirer son autorisation en tout temps.

10. Lorsque M. Harkat quittera le domicile avec l'autorisation de l'ASFC, il ne devra pas :

i) quitter la région délimitée par les rues ou les entités géographiques dont auront convenu tous les avocats avant la mise en liberté de M. Harkat, ces limites devant être précisées dans une ordonnance ultérieure de la Cour;

ii) se rendre à un aéroport, une gare, un terminus d'autobus ou une agence de location de véhicules, ni entrer dans un navire ou un vaisseau;

iii) rencontrer toute personne avec laquelle il aurait pris rendez-vous, à l'exception

a) de Paul Copeland ou de Matthew Webber,

b) de toute personne autorisée au préalable par l'ASFC, l'obtention de l'autorisation requérant la communication à l'ASFC du nom, de l'adresse et de la date de naissance de l'intéressé;

iv) aller en tout lieu autre qu'un ou des lieux autorisés conformément au paragraphe 8 ci-dessus, ni aller en tout lieu autrement que pendant les heures autorisées.

11. M. Harkat ne devra pas, à quelque moment ou de quelque manière que ce soit, s'associer ou communiquer directement ou indirectement avec :

i) toute personne qui, selon ce qu'il sait ou ce qu'il devrait savoir, soutient le terrorisme ou le djihad belliqueux, ou qui s'est trouvée dans un camp d'entraînement ou dans un gîte opéré par une entité qui soutient le terrorisme ou le djihad belliqueux;

ii) toute personne qui, selon ce qu'il sait ou ce qu'il devrait savoir, a un casier judiciaire;

iii) toute personne que la Cour pourra désigner par la suite dans une ordonnance modifiant la présente ordonnance.

12. Sauf tel qu'il est prévu aux présentes, M. Harkat ne devra pas, directement ou indirectement, posséder, avoir à sa

device with transmission capability or any communication equipment or equipment capable of connecting to the Internet or any component thereof, including but not limited to: any cellular telephone; any computer of any kind that contains a modem or that can access the Internet or a component thereof; any pager; any fax machine; any public telephone; any telephone outside the residence; any Internet facility; any hand-held device, such as a BlackBerry. No computer with wireless Internet access and no cellular telephone shall be permitted in the residence. Any computer in the residence with Internet connectivity must be kept in a locked portion of the residence that Mr. Harkat does not have access to. Mr. Harkat may use a conventional land-based telephone line located in the residence (telephone line) other than the separate dedicated land-based telephone line referred to in paragraph 2 above upon the following condition. Prior to his release from incarceration, both Mr. Harkat and the subscriber to such telephone line service shall consent in writing to the interception, by or on behalf of the CBSA, of all communications conducted using such service. This shall include allowing the CBSA to intercept the content of oral communication and also to obtain the telecommunication records associated with such telephone line service. The form of consent shall be prepared by counsel for the Ministers.

13. Prior to his release from incarceration, Mr. Harkat and all of the persons who reside at the residence shall consent in writing to the interception, by or on behalf of the CBSA, of incoming and outgoing written communications delivered to or sent from the residence by mail, courier or other means. Prior to occupying the residence, any new occupant shall similarly agree to provide such consent. The form of consent shall be prepared by counsel for the Ministers.

14. Mr. Harkat shall allow employees of the CBSA, any person designated by the CBSA and/or any peace officer access to the residence at any time (upon the production of identification) for the purposes of verifying Mr. Harkat's presence in the residence and/or to ensure that Mr. Harkat and/or any other persons are complying with the terms and conditions of this order. For greater certainty, Mr. Harkat shall permit such individual(s) to search the residence, remove any item, and/or install, service and/or maintain such equipment as may be required in connection with the electronic monitoring equipment and/or the separate dedicated land-based telephone line referred to in paragraph 2 above. Prior to Mr. Harkat's release from incarceration all other occupants of the residence shall sign a document, in a form acceptable to counsel for the Ministers, agreeing to abide by this term. Prior to occupying

disposition ou utiliser un poste de radio ou un dispositif radio pouvant transmettre, non plus que du matériel de communication ou du matériel permettant la connexion à Internet ou encore une composante d'un tel matériel, ce qui comprend notamment un téléphone cellulaire; tout type d'ordinateur muni d'un modem ou permettant l'accès à Internet, ou une composante d'un tel ordinateur; un téléavertisseur; un télécopieur; un téléphone public; un téléphone hors du domicile; une installation Internet; un appareil portable, tel qu'un BlackBerry. Aucun ordinateur avec accès sans fil Internet ni aucun téléphone cellulaire ne sera autorisé dans le domicile. Tout ordinateur avec connectivité à Internet dans le domicile devra être gardé dans une partie fermée à clé du domicile à laquelle M. Harkat n'a pas accès. M. Harkat pourra utiliser une ligne téléphonique conventionnelle se trouvant dans le domicile (la ligne téléphonique) autre que la ligne téléphonique conventionnelle spécialisée distincte mentionnée au paragraphe 2 ci-dessus. Pour ce faire toutefois, il faudra qu'avant la mise en liberté, M. Harkat et l'abonné à ce service téléphonique consentent par écrit à l'interception, par ou pour le compte de l'ASFC, de toutes les communications acheminées par ce service. Il faudra notamment consentir à ce que l'ASFC intercepte la teneur des communications orales et ait également accès à l'archivage des communications de ce service téléphonique. La formule de consentement sera établie par les avocats des ministres.

13. Avant la mise en liberté de M. Harkat, ce dernier ainsi que toutes les personnes résidant au domicile devront consentir par écrit à l'interception, par ou pour le compte de l'ASFC, des communications écrites à destination ou en provenance du domicile transmises par la poste, un service de messagerie ou un autre moyen de communication. Avant d'occuper le domicile, tout nouvel occupant devra également accepter de fournir un tel consentement. La formule de consentement sera établie par les avocats des ministres.

14. M. Harkat devra permettre aux employés de l'ASFC, à toute personne désignée par l'ASFC et à tout agent de la paix l'accès requis au domicile en tout temps (après identification) aux fins de vérifier la présence de M. Harkat dans le domicile et de s'assurer que M. Harkat ou toute autre personne se conforme aux conditions de la présente ordonnance. Il est entendu que M. Harkat devra permettre à cette ou à ces personnes de perquisitionner le domicile, d'en retirer tout objet ou d'y installer ou entretenir le matériel requis pour le matériel de télésurveillance ou la ligne téléphonique conventionnelle spécialisée distincte mentionnés au paragraphe 2 ci-dessus. Avant la mise en liberté de M. Harkat, tous les autres occupants du domicile devront signer un document, d'une teneur jugée acceptable par les avocats des ministres, par lequel ils conviendront de se conformer à cette

the residence, any new occupant shall similarly agree to abide by this term.

15. Prior to his release, Mr. Harkat shall surrender his passport and all travel documents to a representative of the CBSA. Without the prior approval of the CBSA, Mr. Harkat is prohibited from applying for, obtaining or possessing any passport or travel document, or any bus, train or plane ticket, or any other document entitling him to travel. This does not prevent Mr. Harkat from travelling on public city bus transit within the City of Ottawa as may be authorized by the CBSA.

16. If Mr. Harkat is ordered to be removed from Canada, he shall report as directed for removal. He shall also report to the Court as it from time to time may require.

17. Mr. Harkat shall not possess any weapon, imitation weapon, noxious substance or explosive, or any component thereof.

18. Mr. Harkat shall keep the peace and be of good conduct.

19. Any officer of the CBSA or any peace officer, if they have reasonable grounds to believe that any term or condition of this order has been breached, may arrest Mr. Harkat without warrant and cause him to be detained. Within 48 hours of such detention a judge of this Court, designated by the Chief Justice, shall forthwith determine whether there has been a breach of any term or condition of this order, whether the terms of this order should be amended and whether Mr. Harkat should be incarcerated.

20. If Mr. Harkat does not strictly observe each of the terms and conditions of this order he will be liable to incarceration upon further order by this Court.

21. Mr. Harkat may not change his place of residence without the prior approval of this Court. No persons may occupy the residence without the approval of the CBSA. This condition does not apply to Alois Weidemann.

22. A breach of this order shall constitute an offence within the meaning of section 127 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 185, Sch. III, item 5(F); S.C. 2005, c. 32, s. 1)] of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] and shall constitute an offence pursuant to paragraph 124(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

23. The terms and conditions of this order may be amended at any time by the Court upon the request of any party or upon the Court's own motion with notice to the parties. The Court

condition. Avant d'occuper le domicile, tout nouvel occupant devra également convenir de se conformer à cette condition.

15. Avant sa mise en liberté, M. Harkat devra remettre son passeport et tout titre de voyage à un représentant de l'ASFC. Il sera interdit à M. Harkat, à moins d'autorisation préalable de l'ASFC, de demander, d'obtenir ou de posséder tout passeport ou titre de voyage, tout billet d'autobus, de train ou d'avion ou tout autre document qui lui permette de voyager. M. Harkat pourra néanmoins utiliser les services de transport en commun par autobus de la cité d'Ottawa avec l'autorisation de l'ASFC.

16. Si le renvoi du Canada de M. Harkat devait être ordonné, celui-ci devra se présenter tel que requis pour l'exécution de la mesure de renvoi. Il devra également se présenter devant la Cour lorsque celle-ci le lui enjoindra.

17. M. Harkat ne pourra être en possession d'une arme, d'une imitation d'arme, de substances nocives ou d'explosifs, non plus que de composantes de ceux-ci.

18. M. Harkat devra garder la paix et avoir une bonne conduite.

19. Tout agent de l'ASFC ou tout agent de la paix, s'il a des motifs raisonnables de croire qu'il y a eu violation d'une condition de la présente ordonnance, pourra procéder à l'arrestation sans mandat de M. Harkat et le faire détenir sous garde. Dans les 48 heures suivant le début d'une telle détention, un juge de la Cour, désigné par le juge en chef, devra établir s'il y a eu violation d'une condition de la présente ordonnance, s'il convient de modifier les conditions de la présente ordonnance et si M. Harkat doit être incarcéré.

20. Si M. Harkat ne se conforme pas strictement à l'une ou l'autre des conditions de la présente ordonnance, il pourra être incarcéré sur nouvelle ordonnance de la Cour.

21. M. Harkat ne peut changer le lieu de son domicile sans y être autorisé au préalable par la Cour. Nul ne peut occuper le domicile sans l'autorisation de l'ASFC. Cette condition ne s'applique pas à Alois Weidemann.

22. Une violation de la présente ordonnance constitue une infraction au sens de l'article 127 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 185, ann. III, n° 5(F); L.C. 2005, ch. 32, art. 1)] du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] et constitue une infraction visée à l'alinéa 124(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

23. La Cour peut modifier les conditions de la présente ordonnance en tout temps sur demande d'une partie, ou de son propre chef en avisant les parties. La Cour révisera les

will review the terms and conditions of this order at the earlier of: (i) the rendering of a decision of the Minister's delegate as to whether Mr. Harkat may be removed from Canada; and (ii) four months from the date of this order. Thereafter, the Court will direct the frequency of the review of the terms and conditions of this order.

conditions de la présente ordonnance à la suite du premier des événements suivants à survenir : i) la prise d'une décision par le représentant du ministre quant à savoir si M. Harkat peut être renvoyé du Canada et ii) quatre mois après la date de la présente ordonnance. La Cour prescrira par la suite à quels moments les conditions de la présente ordonnance devront être révisées.

A-446-05
2006 FCA 186

A-446-05
2006 CAF 186

The Minister of Citizenship and Immigration
(Appellant)

v.

Cleotilde dela Fuente (Respondent)

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

Federal Court of Appeal, Noël, Sharlow and Malone JJ.A.—Winnipeg, April 24; Ottawa, May 18, 2006.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Appeal from Federal Court decision setting aside denial by Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board of application to sponsor spouse because of respondent's failure to disclose marital relationship when landed in Canada — Division in Federal Court as to meaning of "at the time of that application" in Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 117(9)(d) — Interpretation in Dave v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), i.e. period referred to in Regulations, s. 117(9)(d) beginning with submission of application for visa, continuing through time when permanent resident status granted at port of entry preferred — Therefore, husband excluded from family class under Regulations, s. 117(9)(d) given respondent's misrepresentation at time of application — Appeal allowed.

Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Doctrine of legitimate expectation — Appeal from Federal Court decision setting aside denial by Immigration Appeal Division (IAD) of Immigration and Refugee Board of application to sponsor spouse — Sponsorship application approved notwithstanding respondent's failure to disclose marital relationship when landed in Canada — Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) coming into force before husband applying for permanent residence at Canadian embassy — Visa officer rejecting visa application because husband excluded under Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 117(9)(d) as undeclared spouse — IAD upholding visa officer's decision — On judicial review,

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(appelant)

c.

Cleotilde dela Fuente (intimée)

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

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Sharlow et Malone, J.C.A.—Winnipeg, 24 avril; Ottawa, 18 mai 2006.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Appel d'une décision de la Cour fédérale, qui a annulé une décision de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, laquelle avait refusé à l'intimée la possibilité de parrainer son mari parce qu'elle n'avait pas révélé leur lien matrimonial lorsqu'elle a obtenu le droit d'établissement au Canada — L'interprétation des mots « à l'époque où cette demande a été faite » dans l'art. 117(9)d du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés a donné lieu à des avis partagés au sein de la Cour fédérale — L'interprétation proposée dans l'affaire Dave c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), c'est-à-dire que la période dont il est question à l'art. 117(9)d du Règlement débute avec la présentation de la demande de visa et se poursuit jusqu'à la date à laquelle l'intéressé obtient le statut de résident permanent au point d'entrée, devait l'emporter — Par conséquent, le mari était exclu de la catégorie du regroupement familial, en application de l'art. 117(9)d du Règlement, en raison de la fausse déclaration que l'intimée a faite lorsqu'elle a présenté sa demande — Appel accueilli.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Doctrine de l'attente légitime — Appel d'une décision de la Cour fédérale, qui a annulé une décision de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, laquelle avait refusé à l'intimée la possibilité de parrainer son mari — La demande de parrainage a été approuvée même si l'intimée n'avait pas déclaré son mariage lorsqu'elle a obtenu le droit d'établissement au Canada — La Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) est entrée en vigueur avant que son mari présente sa demande de résidence permanente à l'ambassade du Canada — L'agent des visas a rejeté la demande de visa parce que le mari était exclu, en application

applications Judge certifying question as to whether doctrine of legitimate expectations can be relied to void IRPA, s. 190 — Doctrine of legitimate expectations procedural doctrine that cannot create substantive rights, counter Parliament's expressed intent that if application pending when IRPA coming into force, IRPA applying without condition.

Construction of Statutes — Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 117(9)(d) construed so as to achieve intended result: deter foreign nationals from concealing family relationships to facilitate own entry — English, French texts of s. 117(9)(d) compared to determine meaning of “time of that application” — Phrase construed as meaning life of application from time when filed to time when permanent resident status granted — Construction achieving IRPA's intended effect, promoting family unification within IRPA's scheme.

This was an appeal from a Federal Court decision setting aside a decision of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board, which denied the respondent's application to sponsor her spouse because she had failed to disclose her marital relationship when she landed in Canada in 1992. In allowing the respondent's application for judicial review, the applications Judge certified two questions: (1) whether the doctrine of legitimate expectations can be relied upon to avoid the application of section 190 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA); and (2) whether the phrase “at the time of that application” in paragraph 117(9)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations) contemplates the time at which the application for permanent residence was made.

The respondent became a permanent resident after applying in the family class. She received her visa for permanent residence on the basis that she was an unmarried accompanying family member of her mother. She was eventually granted landing and indicated on her landing form that she was single (unmarried) and had no dependants although she had married about two weeks before entering Canada. The respondent applied to sponsor her husband in January 2002 and, although it was noted that she had misrepresented herself by failing to disclose her marriage

de l'art. 117(9)d du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, parce qu'il était un conjoint qui n'avait pas été déclaré — La SAI a confirmé la décision de l'agent des visas — Dans le cadre du contrôle judiciaire, le juge de première instance a certifié la question de savoir si la doctrine de l'attente légitime peut servir à écarter l'application de l'art. 190 de la LIPR — La doctrine de l'attente légitime est un principe procédural qui ne produit pas de droits formels et ne peut pas servir à contredire l'intention clairement exprimée du législateur selon laquelle la LIPR s'applique sans condition si une demande a été présentée et qu'aucune décision n'a été prise à la date d'entrée en vigueur de la LIPR.

Interprétation des lois — L'art. 117(9)d du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés a été interprété de façon à contribuer au résultat souhaité, qui est de dissuader les étrangers de dissimuler leurs liens familiaux dans le dessein de faciliter leur propre admission — Le libellé des versions anglaise et française de l'art. 117(9)d a été comparé afin d'établir le sens à donner aux mots « à l'époque où cette demande a été faite » — Les mots ont été interprétés comme étant la durée de la demande, depuis la date à laquelle elle a été amorcée jusqu'à la date à laquelle le statut de résident permanent est accordé — Cette interprétation permet d'obtenir l'effet souhaité de la LIPR, soit d'encourager le regroupement familial selon le mécanisme prévu à cette fin par la LIPR.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale, qui a annulé une décision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, laquelle avait refusé à l'intimée la possibilité de parrainer son mari parce qu'elle n'avait pas révélé leur lien matrimonial lorsqu'elle a obtenu le droit d'établissement au Canada en 1992. Faisant droit à la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimée, le juge de première instance a certifié deux questions : 1) la doctrine de l'attente légitime peut-elle servir à écarter l'application de l'article 190 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR); et 2) l'expression « à l'époque où cette demande a été faite » dans l'alinéa 117(9)d du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* vise-t-elle l'époque où la demande de résidence permanente a été faite?

L'intimée s'est vu reconnaître la qualité de résident permanent après avoir présenté une demande au titre de la catégorie du regroupement familial. Elle a obtenu son visa de résidence permanente parce qu'elle était un membre non marié de la famille de sa mère accompagnant celle-ci. Elle a ensuite obtenu le droit d'établissement et a indiqué sur son formulaire de demande de droit d'établissement qu'elle était célibataire (non mariée) et qu'elle n'avait pas de personnes à charge même si elle s'était mariée environ deux semaines avant son admission au Canada. L'intimée a présenté une demande de

when she was examined for landing, her application for sponsorship was approved. The IRPA came into force before the respondent's husband applied for a permanent resident visa at the Canadian embassy in Manila. The visa officer in Manila rejected his visa application on the basis that he was excluded under paragraph 117(9)(d) of the Regulations because he was a spouse who was not declared at the time of the respondent's entry to Canada. The respondent appealed that decision to the IAD but it upheld the visa officer's decision. The respondent then applied for judicial review of that decision.

The applications Judge found that although section 190 of the IRPA was applicable since the respondent's husband made his application one month after the IRPA came into force, he and his wife had a legitimate expectation that the application would be processed under the former *Immigration Act*. Applying this doctrine, he held that section 190 was inapplicable because the immigration authorities had failed to forewarn the respondent that her husband might fall in an excluded class upon the coming into force of the IRPA. In the alternative, he held that the phrase "at the time of that application" in paragraph 117(9)(d) of the Regulations refers to the time when the respondent's application for a visa was filed or at the very least when she was issued her visa. He reasoned that since the respondent was not yet married at that time, her fiancé was not a family member and therefore paragraph 117(9)(d) did not apply.

Held, the appeal should be allowed.

The first certified question as to whether the doctrine of legitimate expectations could be relied upon to void the application of section 190 of the IRPA was answered in the negative. Section 190 of the IRPA is clear and unambiguous. It provides that if an application is pending or in progress on June 28, 2002, the IRPA applies without condition. The doctrine of legitimate expectations is a procedural doctrine which has its source in common law. Therefore, it does not create substantive rights and cannot be used to counter Parliament's clearly expressed intent. Moreover, the representations made to the respondent by officials were factually accurate. There was no basis in law for the respondent's argument that officials had a positive duty to forewarn her and her husband that pending legislation could impact on her husband's status.

The issue raised in the second question has divided the Federal Court. *Dave v. Canada (Minister of Citizenship and*

parrainage de son mari en janvier 2002 et bien qu'on ait constaté qu'elle avait fait une fausse déclaration en ne déclarant pas son mariage quand elle a été interrogée sur sa demande de droit d'établissement, sa demande de parrainage a été approuvée. La LIPR est entrée en vigueur avant que le mari de l'intimée présente une demande de visa de résidence permanente à l'ambassade du Canada à Manille. L'agent des visas à Manille a rejeté la demande de visa du mari de l'intimée en disant qu'il était exclu, en application de l'alinéa 117(9)d) du Règlement, parce qu'il était un conjoint qui n'avait pas été déclaré lorsque l'intimée a été admise au Canada. L'intimée a interjeté appel de cette décision auprès de la SAI, qui a confirmé la décision de l'agent des visas. L'intimée a alors déposé une demande de contrôle judiciaire de cette décision.

Le juge de première instance a estimé que même si l'article 190 de la LIPR s'appliquait, puisque le mari de l'intimée avait présenté sa demande un mois après l'entrée en vigueur de la LIPR, lui et son épouse pouvaient légitimement espérer que la demande serait traitée d'après l'ancienne *Loi sur l'immigration*. Appliquant la doctrine de l'attente légitime, le juge de première instance a estimé que l'article 190 n'était pas applicable parce que les autorités de l'immigration n'avaient pas averti l'intimée que son mari pouvait, à l'entrée en vigueur de la LIPR, relever d'une catégorie exclue. Subsidiairement, il a estimé que les mots « à l'époque où cette demande a été faite », dans l'alinéa 117(9)d) du Règlement, s'entendaient de la date à laquelle l'intimée avait déposé sa demande de visa ou, tout au plus, de la date à laquelle elle avait obtenu son visa. Selon son raisonnement, puisque l'intimée n'était pas encore mariée à cette date, son fiancé n'était pas un membre de la famille et l'alinéa 117(9)d) n'était pas applicable.

Jugement : l'appel est accueilli.

La Cour a répondu par la négative à la première question certifiée, soit la question de savoir si la doctrine de l'attente légitime pouvait servir à écarter l'application de l'article 190 de la LIPR. L'article 190 de la LIPR est clair et sans équivoque. Il dispose que la LIPR s'applique sans condition si une demande a été présentée et qu'aucune décision n'a été prise au 28 juin 2002. La doctrine de l'attente légitime est un principe procédural qui a pour source la common law et, partant, ne produit pas de droits formels et ne peut pas servir à contredire l'intention clairement exprimée du législateur. D'ailleurs, les indications données à l'intimée étaient exactes sur le plan factuel. L'argument de l'intimée selon lequel les fonctionnaires avaient l'obligation formelle de l'avertir, elle ainsi que son mari, que la nouvelle loi risquait d'influer sur le statut de son mari n'avait aucun fondement en droit.

Le point soulevé par la seconde question a donné lieu à des avis partagés au sein de la Cour fédérale. Dans l'affaire

Immigration) held that the “time of that application” in paragraph 117(9)(d) refers to the period that begins with the submission of the application for a visa and continues through the time when the foreign national is granted the right to enter Canada as a permanent resident at the port of entry. Otherwise a foreign national could circumvent paragraph 117(9)(d) by simply submitting the application form before marrying. The applications Judge discounted that concern saying that a person could be removed for misrepresentation under the former *Immigration Act* and that under the IRPA, a person is inadmissible for misrepresentation relating to a relevant matter or for having been sponsored by a person who is deemed to be inadmissible for misrepresentation.

The appellant asserted a new argument that there are in fact two separate and distinct applications involved in the process of obtaining permanent resident status, one being the application for a visa filed at the visa office; the other being the application for permanent residence filed at the port of entry when entry to Canada is sought. This position was not supported by the legislation nor by the forms and publications printed under the appellant’s authority. While the argument was based on paragraph 28(b) of the Regulations, which provides that a person who seeks to enter Canada is considered to have made an application under the Act, that paragraph was promulgated “for the purposes of subsection 15(1) of the Act.” It allows for examinations which are attendant to an application under the Act to take place whenever a person seeks to enter Canada and does not apply for any other purpose.

The issue had to be addressed by answering two questions: what is the application paragraph 117(9)(d) refers to and what is meant by “the time of that application”. Paragraph 117(9)(d) identifies “that application” as the “application for permanent residence” made by the sponsor. This last phrase only appears in paragraph 117(9)(d) and the Act does not provide for a definition. However “permanent resident” is defined in subsection 2(1) as a person who has acquired that status, which is acquired when a foreign national establishes to the satisfaction of an immigration officer at a port of entry that he or she has applied for that status, holds a visa, and has come to Canada in order to establish permanent residence and is not inadmissible. Based on the procedure outlined in the Immigration Manual and forms, an application for permanent residence is initiated by the filing of the authorized form at the designated visa office and the process ends at the port of entry when the foreign national is allowed to enter Canada as a permanent resident.

Dave c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), la juge a considéré que les mots « à l’époque où cette demande a été faite », dans l’alinéa 117(9)d) du Règlement, s’entendaient de la période qui débute avec la présentation de la demande de visa et qui se poursuit jusqu’à ce que l’étranger obtienne au point d’entrée le droit d’entrer au Canada en tant que résident permanent. Sinon un étranger pourrait contourner l’alinéa 117(9)d) en présentant tout simplement le formulaire de demande avant de se marier. Le juge de première instance n’a pas tenu compte de cette préoccupation en disant qu’une personne pouvait être renvoyée en vertu de l’ancienne *Loi sur l’immigration* pour fausses déclarations et que la LIPR interdit de territoire pour fausses déclarations la personne qui a fait une présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent ou qui a été parrainé par un répondant dont il a été statué qu’il était interdit de territoire pour fausses déclarations.

L’appelant a invoqué un nouvel argument selon lequel la procédure d’obtention du statut de résident permanent fait en réalité intervenir deux demandes séparées et distinctes, à savoir la demande de visa qui est déposée au bureau des visas, puis la demande de résidence permanente, qui est présentée au point d’entrée le jour où l’étranger cherche à entrer au Canada. Cette position ne s’appuie pas sur la législation ni sur les formulaires et publications imprimés sous l’autorité de l’appelant. Bien que l’argument repose sur l’alinéa 28b) du Règlement, qui prévoit que celui qui cherche à entrer au Canada est réputé avoir présenté une demande selon la LIPR, cet alinéa a été promulgué « [p]our l’application du paragraphe 15(1) de la [LIPR] ». Il permet l’accomplissement, lorsqu’une personne cherche à entrer au Canada, des contrôles afférents à une demande présentée en vertu de la LIPR et il ne s’applique à aucune autre fin.

Il fallait trancher le point soulevé en répondant à deux questions, c’est-à-dire : de quelle demande s’agit-il dans l’alinéa 117(9)d) et que faut-il entendre par « l’époque où cette demande a été faite »? Pour l’alinéa 117(9)d), « cette demande » est la « demande » par laquelle « le répondant est devenu résident permanent ». Cette description de la demande n’apparaît que dans l’alinéa 117(9)d), et la Loi n’en donne pas de définition. Toutefois, l’expression « résident permanent » est définie au paragraphe 2(1) comme une personne qui a ce statut, qui est acquis si l’agent d’immigration constate au point d’entrée que l’étranger a demandé ce statut, qu’il détient un visa, qu’il est venu au Canada pour s’y établir en permanence et qu’il n’est pas interdit de territoire. Selon la procédure énoncée dans le Guide d’immigration et les formulaires, la demande de résidence permanente débute par le dépôt du formulaire officiel au bureau des visas désigné, et le processus se termine au point d’entrée, lorsque l’étranger est autorisé à entrer au Canada en tant que résident permanent.

As to the meaning of “at the time of that application”, reading the English and French text of paragraph 117(9)(d) and applying the shared meaning rule, the phrase must be taken to refer to the life of the application. This construction gives effect to the grammatical meaning of the words in both texts and achieves the intended result, which is to deter foreign nationals from concealing their family relationships in order to facilitate their own entry. It is also consistent with the objective of family reunification under the IRPA. Reading the phrase “at the time of that application” as referring to the life of the application allows foreign nationals to define their family unit and make appropriate changes right up to the moment when they seek to enter Canada, which in turn, facilitates the admission of disclosed family members who may seek to come to Canada in the future. This construction does not render redundant section 51 of the Regulations which imposes an obligation on applicants to disclose any change in their marital status between the time when the visa is obtained and when entry is sought. Therefore, the answer to the second question was: “at the time of the application” in paragraph 117(9)(d) contemplates the life of the application from time when it is initiated by the filing of the authorized form to the time when permanent resident status is granted at a port of entry. The respondent’s husband was therefore excluded from the family class by virtue of paragraph 117(9)(d) of the Regulations because the respondent did not disclose her marital status at that time.

Pour ce qui est du sens attribué à l’expression « à l’époque où cette demande a été faite », il appert de la lecture des libellés anglais et français de l’alinéa 117(9)d) et de l’application de la règle de la signification commune que cette expression doit s’entendre de la période que dure la demande. Cette interprétation donne effet au sens grammatical des mots dans les deux textes et contribue au résultat souhaité, qui est de dissuader les étrangers de dissimuler leurs liens familiaux dans le dessein de faciliter leur propre admission. Cette interprétation s’accorde également avec l’objectif du regroupement familial en vertu de la LIPR. Voir dans les mots « à l’époque où cette demande a été faite » la durée de la demande permet à l’étranger de définir sa cellule familiale et de modifier au besoin cette définition jusqu’au moment où il cherche à entrer au Canada, ce qui alors facilite l’admission des membres de la famille dont l’existence a été révélée et qui pourraient dans l’avenir chercher à venir au Canada. Cette interprétation ne rend pas superflu l’article 51 du Règlement, qui impose à cette fin aux candidats l’obligation de révéler tout changement de leur situation matrimoniale survenu entre la date à laquelle le visa est obtenu et la date à laquelle le candidat cherche à entrer au Canada. Par conséquent, la réponse à la seconde question était la suivante : l’expression « à l’époque où cette demande a été faite », dans l’alinéa 117(9)d), s’entend de la durée de la demande, depuis la date à laquelle elle a été amorcée par le dépôt du formulaire officiel jusqu’à la date à laquelle l’intéressé obtient le statut de résident permanent au point d’entrée. Le mari de l’intimée étant donc exclu de la catégorie du regroupement familial en application de l’alinéa 117(9)d) du Règlement parce que l’intimée n’a pas révélé sa situation matrimoniale à ce moment-là.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 2(1) “permanent resident”, 3(1)(d), 15(1), 18(1), 20(1)(a), 21(1), 190.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 28, 51, 117(3)(e), (4)(a) (as am. by SOR/2004-167, s. 41), (b), (9)(c)(i), (d).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dave v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2005), 272 F.T.R. 168; 2005 FC 510.

CONSIDERED:

Fuente v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2004] I.A.D.D. No. 1267 (QL); *Akhter v.*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l’immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.
Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 2(1) « résident permanent », 3(1)d), 15(1), 18(1), 20(1)a), 21(1), 190.
Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 28, 51, 117(3)e), (4)a) (mod. par DORS/2004-167, art. 41), b), (9)c)(i), d).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Dave c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), 2005 CF 510.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Fuente c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), [2004] D.S.A.I. n° 1267 (QL); *Akhter c.*

Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2006 FC 481; *Tauseef v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 51 Imm. L.R. (3d) 322; 2005 FC 1209; *Abdo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 533.

REFERRED TO:

Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lidder, [1992] 2 F.C. 621; (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 62; 16 Imm. L.R. (2d) 241; 136 N.R. 254 (C.A.); *Benjelloun v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 844; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. De Guzman*, 2005 FC 1255; *Tallon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 277 F.T.R. 176; 48 Imm. L.R. (3d) 124; 2005 FC 1039; *Beauvais v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 49 Imm. L.R. (3d) 217; 2005 FC 1408; *Andrea v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] I.A.D.D. No. 14 (QL).

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Immigration Manual: Overseas Processing (OP)*. Chapter OP 1: Procedures and Chapter OP 2: Processing Members of the Family Class. Ottawa: CIC.

Dictionnaire Quillet de la langue française. Paris: Grolier, 1990, "moment".

Harrap's New Shorter French and English Dictionary. London: Harrap, 1978, "époque".

Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Le Robert, 1996, "époque".

Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1988, "time".

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

APPEAL from a Federal Court decision ((2005), 47 Imm. L.R. (3d) 228; 276 F.T.R. 241; 2005 FC 992) setting aside a denial by the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board of the respondent's application to sponsor her spouse because she had failed to disclose her marital relationship when she initially landed in Canada. Appeal allowed.

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2006 CF 481; *Tauseef c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1209; *Abdo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 533.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Lidder, [1992] 2 C.F. 621 (C.A.); *Benjelloun c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 844; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. De Guzman*, 2005 CF 1255; *Tallon c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1039; *Beauvais c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1408; *Andrea c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] D.S.A.I. n° 14 (QL).

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de l'immigration : Traitement des demandes à l'étranger (OP)*. Chapitre OP 1 : Procédures et chapitre OP 2 : Traitement des demandes présentées par des membres de la catégorie du regroupement familial. Ottawa : CIC. *Dictionnaire Quillet de la langue française*. Paris : Grolier, 1990, « moment ».

Harrap's New Shorter French and English Dictionary. London : Harrap, 1978, « époque ».

Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris : Le Robert, 1996, « époque ».

Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, 3rd ed. Oxford : Clarendon Press, 1988, « time ».

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto : Butterworths, 2002.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2005 CF 992), qui a annulé une décision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, laquelle avait refusé à l'intimée la possibilité de parrainer son mari parce qu'elle n'avait pas révélé leur lien matrimonial lorsqu'elle a d'abord obtenu le droit d'établissement au Canada. Appel accueilli.

APPEARANCES:

Rick Garvin for appellant.
David Matas for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
David Matas, Winnipeg, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NOËL J.A.: This is an appeal from a decision of Harrington J. of the Federal Court (the applications Judge) setting aside a decision of the Immigration Appeal Division (IAD) of the Immigration and Refugee Board (IRB) [[2004] I.A.D.D. No. 1267 (QL)] which denied the respondent's application to sponsor her spouse because she had failed to disclose her marital relationship when she landed in Canada back in 1992. (The decision under appeal is reported at (2005), 47 Imm. L.R. (3d) 228 (F.C.).)

[2] In allowing the respondent's application for judicial review, the applications Judge certified the following two questions:

- (a) Can the doctrine of legitimate expectations be relied upon to void the application of section 190 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 ["IRPA" or "Act"]?
- (b) Does the phrase "at the time of that application" in paragraph 117(9)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 ["Regulations"], contemplate the time at which the application for permanent residence was made?

The facts

[3] The respondent and her mother applied for a permanent resident visa in the family class back in 1992.

ONT COMPARU :

Rick Garvin pour l'appellant.
David Matas pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour l'appellant.
David Matas, Winnipeg, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A. : Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration fait appel d'une décision du juge Harrington, de la Cour fédérale (le juge de première instance), qui a annulé une décision de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la CISR) [[2004] D.S.A.I. n° 1267 (QL)], laquelle avait refusé à l'intimée la possibilité de parrainer son mari, parce qu'elle n'avait pas révélé leur lien matrimonial lorsqu'elle avait obtenu le droit d'établissement au Canada en 1992. (Référence de la décision visée par l'appel : 2005 CF 992.)

[2] Faisant droit à la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimée, le juge de première instance a certifié les deux questions suivantes :

[TRADUCTION]

- a) La doctrine de l'attente légitime peut-elle servir à écarter l'application de l'article 190 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27?
- b) L'expression « à l'époque où cette demande a été faite » dans l'alinéa 117(9)d) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, vise-t-elle l'époque où la demande de résidence permanente a été faite?

Les faits

[3] L'intimée et sa mère avaient demandé en 1992 un visa de résidence permanente au titre de la catégorie du

A visa was issued to the respondent on August 26, 1992, which was valid until December 18, 1992. The respondent's visa was issued on the basis that she was an unmarried accompanying family member of her mother.

[4] The respondent arrived in Canada on October 23, 1992, made an application for landing upon arrival, and was granted landing and permanent resident status following an examination. She indicated on her landing form that she was single (unmarried) and had no dependants. The respondent has lived in Canada since 1992, and remains a permanent resident.

[5] The respondent was engaged to be married in October 1986. She did not marry until October 12, 1992, approximately two weeks before entering Canada.

[6] The respondent and her husband have a child born in Canada in September 1994. The respondent applied to sponsor her husband by application dated January 27, 2002, which was received by Citizenship and Immigration Canada (CIC) on January 30, 2002.

[7] After it was noted that the respondent had not declared her marriage when she was examined on her application for landing, she was called in for a sponsorship interview which took place on April 9, 2002. The interviewer, after consultation with other officers, told her that she would be permitted to sponsor her husband in spite of the misrepresentation made on her application for landing.

[8] The respondent subsequently received a letter dated April 17, 2002, which confirmed that her sponsorship application was approved. The letter stated that her relatives had two years in which to apply for landing under the terms of her sponsorship, otherwise her sponsorship would expire. Among other information, the letter stated that she would be responsible for distributing the applications for permanent residence to her relatives.

[9] On June 28, 2002, the IRPA came into force [*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c.

regroupement familial. Un visa fut délivré à l'intimée le 26 août 1992, qui était valide jusqu'au 18 décembre 1992. L'intimée avait obtenu le visa parce qu'elle était un membre non marié de la famille de sa mère accompagnant celle-ci.

[4] L'intimée est arrivée au Canada le 23 octobre 1992, elle a présenté une demande de droit d'établissement à son arrivée et, à la suite d'un contrôle, elle a obtenu le droit d'établissement et le statut de résidente permanente. Elle avait indiqué sur son formulaire de demande de droit d'établissement qu'elle était célibataire (non mariée) et qu'elle n'avait pas de personnes à charge. L'intimée vit au Canada depuis 1992 et elle demeure une résidente permanente.

[5] L'intimée s'était fiancée en octobre 1986. Elle ne s'est mariée que le 12 octobre 1992, environ deux semaines avant son admission au Canada.

[6] L'intimée et son mari ont un enfant, né au Canada en septembre 1994. L'intimée a présenté une demande de parrainage de son mari le 27 janvier 2002, demande qui fut reçue par Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) le 30 janvier 2002.

[7] Après qu'il fut relevé que l'intimée n'avait pas déclaré son mariage quand elle avait été interrogée sur sa demande de droit d'établissement, elle fut convoquée à un entretien de parrainage, qui a eu lieu le 9 avril 2002. Après avoir consulté d'autres agents, l'agent examinateur lui dit qu'elle serait autorisée à parrainer son mari malgré la fausse déclaration qu'elle avait faite dans sa demande de droit d'établissement.

[8] L'intimée a plus tard reçu une lettre, datée du 17 avril 2002, qui confirmait que sa demande de parrainage était approuvée. La lettre précisait que ses proches avaient deux ans pour demander le droit d'établissement selon les termes de son parrainage, à défaut de quoi son parrainage expirerait. Entre autres renseignements, la lettre lui faisait savoir qu'il lui incomberait de distribuer les demandes de résidence permanente à ses proches.

[9] Le 28 juin 2002, la [*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27] (la LIPR),

27], along with the Regulations [*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227]. At the time relevant to this appeal, paragraph 117(9)(d) of the Regulations provided:

117. . . .

(9) No foreign national may be considered a member of the family class by virtue of their relationship to a sponsor if

. . .

(d) the sponsor previously made an application for permanent residence and became a permanent resident and, at the time of that application, the foreign national was a non-accompanying family member or a former spouse or former common-law partner of the sponsor and was not examined.

[10] The respondent's husband applied for a permanent resident visa by application dated July 23, 2002, which was received by the Canadian embassy in Manila on July 24, 2002.

[11] The visa officer reviewed the husband's file, and determined that he was excluded under paragraph 117(9)(d) of the Regulations because he was a spouse who was not declared at the time of the respondent's entry to Canada. A refusal letter dated January 29, 2003 was sent to the husband. A letter was sent to the respondent the same day informing her that her husband's visa application had been refused.

[12] The respondent appealed to the IAD, which upheld the visa officer's decision, finding that paragraph 117(9)(d) was applicable and that the respondent's husband was excluded from eligibility in the family class. The respondent then applied for judicial review before the Federal Court.

Statutory provisions

[13] Aside from paragraph 117(9)(d) of the Regulations which I have already quoted, sections 28 and 51 of the Regulations are relevant:

entraint en vigueur, ainsi que son règlement d'application, le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement). À l'époque pertinente pour le présent appel, l'alinéa 117(9)d) du Règlement prévoyait ce qui suit :

117. [. . .]

(9) Ne sont pas considérées comme appartenant à la catégorie du regroupement familial du fait de leur relation avec le répondant les personnes suivantes :

[...]

d) dans le cas où le répondant est devenu résident permanent à la suite d'une demande à cet effet, l'étranger qui, à l'époque où cette demande a été faite, n'a pas fait l'objet d'un contrôle et était un membre de la famille du répondant n'accompagnant pas ce dernier ou était un ex-époux ou ancien conjoint de fait du répondant.

[10] Le mari de l'intimée a présenté une demande de visa de résident permanent le 23 juillet 2002, demande qui fut reçue par l'ambassade du Canada à Manille le 24 juillet 2002.

[11] Après examen du dossier du mari, l'agent des visas est arrivé à la conclusion qu'il était exclu, en application de l'alinéa 117(9)d) du Règlement, parce qu'il était un conjoint qui n'avait pas été déclaré à l'époque de l'admission de l'intimée au Canada. Une lettre de refus en date du 29 janvier 2003 fut envoyée au mari. Une lettre fut envoyée à l'intimée le même jour, qui l'informait que la demande de visa de son mari avait été refusée.

[12] L'intimée a fait appel à la SAI, qui a confirmé la décision de l'agent des visas, estimant que l'alinéa 117(9)d) était applicable et que le mari de l'intimée ne pouvait pas être admis dans la catégorie du regroupement familial. L'intimée a alors déposé une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale.

Dispositions légales et réglementaires applicables

[13] Outre l'alinéa 117(9)d) du Règlement, que j'ai déjà cité, il faut aussi considérer les articles 28 et 51 du Règlement :

28. For the purposes of subsection 15(1) of the Act, a person makes an application in accordance with the Act by

- (a) submitting an application in writing;
- (b) seeking to enter Canada;
- (c) seeking to transit through Canada as provided in section 35; or
- (d) making a claim for refugee protection.

...

51. A foreign national who holds a permanent resident visa and is seeking to become a permanent resident at a port of entry must

- a) inform the officer if
 - (i) the foreign national has become a spouse or common-law partner or has ceased to be a spouse, common-law partner or conjugal partner after the visa was issued, or
 - (ii) material facts relevant to the issuance of the visa have changed since the visa was issued or were not divulged when it was issued; and

[14] The following provisions of the IRPA are also relevant to the disposition of this appeal:

- 2.** (1) The definitions in this subsection apply in this Act.

...

“permanent resident” means a person who has acquired permanent resident status and has not subsequently lost that status under section 46.

...

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

...

- (d) to see that families are reunited in Canada.

...

28. Pour l'application du paragraphe 15(1) de la Loi, la demande est faite au titre de la Loi lorsque la personne, selon le cas :

- a) présente la demande par écrit;
- b) cherche à entrer au Canada;
- c) cherche à transiter par le Canada aux termes de l'article 35;
- d) demande l'asile.

[...]

51. L'étranger titulaire d'un visa de résident permanent qui, à un point d'entrée, cherche à devenir permanent doit :

- a) le cas échéant, faire part à l'agent de ce qui suit :
 - (i) il est devenu un époux ou conjoint de fait ou il a cessé d'être un époux, un conjoint de fait ou un partenaire conjugal après la délivrance du visa,
 - (ii) tout fait important influant sur la délivrance du visa qui a changé depuis la délivrance ou n'a pas été révélé au moment de celle-ci;

[14] Les dispositions suivantes de la LIPR intéressent elles aussi l'issue du présent appel :

- 2.** (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

« résident permanent » Personne qui a le statut de résident permanent et n'a pas perdu ce statut au titre de l'article 46.

[...]

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

[...]

- d) de veiller à la réunification des familles au Canada

[...]

15. (1) An officer is authorized to proceed with an examination where a person makes an application to the officer in accordance with this Act.

...

18. (1) Every person seeking to enter Canada must appear for an examination to determine whether that person has a right to enter Canada or is or may become authorized to enter and remain in Canada.

...

20. (1) Every foreign national, other than a foreign national referred to in section 19, who seeks to enter or remain in Canada must establish,

(a) to become a permanent resident, that they hold the visa or other document required under the regulations and have come to Canada in order to establish permanent residence; and

...

21. (1) A foreign national becomes a permanent resident if an officer is satisfied that the foreign national has applied for that status, has met the obligations set out in paragraph 20(1)(a) and subsection 20(2) and is not inadmissible.

...

190. Every application, proceeding or matter under the former Act that is pending or in progress immediately before the coming into force of this section shall be governed by this Act on that coming into force.

Decision under appeal

[15] The applications Judge granted the judicial review application and certified the two questions quoted at paragraph 2 of these reasons.

[16] With respect to the first question, the applications Judge found that although section 190 of the IRPA was applicable to the matter before him since the respondent's husband made his application one month after the IRPA came into force, he and his wife had a

15. (1) L'agent peut procéder à un contrôle dans le cadre de toute demande qui lui est faite au titre de la présente loi.

[...]

18. (1) Quiconque cherche à entrer au Canada est tenu de se soumettre au contrôle visant à déterminer s'il a le droit d'y entrer ou s'il est autorisé, ou peut l'être, à y entrer et à y séjourner.

[...]

20. (1) L'étranger non visé à l'article 19 qui cherche à entrer au Canada ou à y séjourner est tenu de prouver :

a) pour devenir un résident permanent, qu'il détient les visa ou autres documents réglementaires et vient s'y établir en permanence;

[...]

21. (1) Devient résident permanent l'étranger dont l'agent constate qu'il a demandé ce statut, s'est déchargé des obligations prévues à l'alinéa 20(1)a) et au paragraphe 20(2) et n'est pas interdit de territoire.

[...]

190. La présente loi s'applique, dès l'entrée en vigueur du présent article, aux demandes et procédures présentées ou instruites, ainsi qu'aux autres questions soulevées, dans le cadre de l'ancienne loi avant son entrée en vigueur et pour lesquelles aucune décision n'a été prise.

La décision contestée

[15] Le juge de première instance a fait droit à la demande de contrôle judiciaire et a certifié les deux questions reproduites au paragraphe 2 des présents motifs.

[16] S'agissant de la première question, le juge de première instance a estimé que, même si l'article 190 de la LIPR s'appliquait à l'affaire dont il était saisi, puisque le mari de l'intimée avait présenté sa demande un mois après l'entrée en vigueur de la LIPR, lui et son épouse

legitimate expectation that the application would be processed under the former *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.

[17] Applying this doctrine, he held that section 190 was inapplicable because the immigration authorities had failed to forewarn the respondent that her husband might fall in an excluded class upon the coming into force of the IRPA. Had this warning been given, the respondent would have taken “every conceivable step” to have the application processed in the two-and-one-half-month period that was open to them (reasons, at paragraph 18).

[18] In the alternative, the applications Judge held that the phrase “at the time of that application” found in paragraph 117(9)(d) of the Regulations refers to the time when the respondent’s application for a visa was filed or at the very latest when she was issued her visa. As at that time she had yet to marry, her husband-to-be was not a family member, and paragraph 117(9)(d) had no application. According to the applications Judge, this is the only conclusion that can be reached if effect is given to the ordinary meaning of the words (reasons, paragraphs 24, 25 and 30).

Analysis and decision

The first question

[19] The issue raised by the first question can be disposed of rapidly. Section 190 of the IRPA is clear and unambiguous. It provides that if an application is pending or in progress on June 28, 2002, the IRPA applies without condition. The doctrine of legitimate expectations is a procedural doctrine which has its source in common law. As such it does not create substantive rights and cannot be used to counter Parliament’s clearly expressed intent (*Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Lidder*, [1992] 2 F.C. 621 (C.A.), at pages 624, 625 and 632).

[20] Moreover, the representations made to the respondent were factually accurate. The argument advanced by the respondent is that the officials had a positive duty to forewarn her and her husband that

pouvaient légitimement espérer que la demande serait traitée d’après l’ancienne *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.

[17] Appliquant la doctrine de l’attente légitime, le juge de première instance a estimé que l’article 190 n’était pas applicable parce que les autorités de l’immigration n’avaient pas averti l’intimée que son mari pouvait, à l’entrée en vigueur de la LIPR, relever d’une catégorie exclue. Cette mise en garde eût-elle été faite, l’intimée aurait fait « l’impossible » pour que la demande soit traitée au cours de la période de deux mois et demi qui leur était ouverte (motifs, paragraphe 18).

[18] Subsidiairement, le juge de première instance a estimé que les mots « à l’époque où cette demande a été faite », dans l’alinéa 117(9)d) du Règlement, s’entendaient de la date à laquelle l’intimée avait déposé sa demande de visa ou, tout au plus, de la date à laquelle elle avait obtenu son visa. Puisque, à cette date, elle n’était pas encore mariée, son futur mari n’était pas un membre de la famille, et l’alinéa 117(9)d) n’était pas applicable. Selon le juge de première instance, c’était là la seule conclusion possible si l’on voulait donner effet au sens ordinaire des mots (motifs, paragraphes 24, 25 et 30).

Analyse et décision

La première question

[19] On peut décider d’entrée de jeu le point soulevé par la première question. L’article 190 de la LIPR est clair et sans équivoque. Il dispose que, si une demande a été présentée et qu’aucune décision n’a été prise au 28 juin 2002, alors la LIPR s’applique sans condition. La doctrine de l’attente légitime est un principe procédural qui a pour source la common law. Il ne produit donc pas de droits formels et ne peut pas servir à contredire l’intention clairement exprimée du législateur (*Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Lidder*, [1992] 2 C.F. 621 (C.A.), aux pages 624, 625 et 632).

[20] D’ailleurs, les indications données à l’intimée étaient exactes sur le plan factuel. L’argument qu’elle avance est que les fonctionnaires avaient l’obligation formelle de l’avertir, elle ainsi que son mari, que la

pending legislation could impact on the husband's status. There is no basis in law for imposing such a duty.

[21] I would therefore answer the first certified question in the negative.

The second question

[22] The second question requires elaboration. The issue has given rise to a split in the Federal Court. In concluding as he did, the applications Judge declined to follow the decision of Layden-Stevenson J. in *Dave v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 272 F.T.R. 168 (*Dave*) where she held that the "time of that application" in paragraph 117(9)(d) refers to the period that begins with the submission of the application for a visa and continues through the time when the foreign national is granted the right to enter Canada as a permanent resident at the port of entry. The gist of her reasoning in reaching this conclusion is set out at paragraphs 12 and 13 of her reasons:

Insofar as Mr. Dave's proposed interpretation of the phrase "at the time of that application" is concerned, he does not suggest that the words "that application" refer to anything other than an application for permanent residence. Nor does he dispute that a visa, in and of itself, does not confer a right of entry: *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. De Decaro*, [1993] 2 F.C. 408 (C.A.) per Mr. Justice Marceau; *McLeod v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 1 F.C. 257 (C.A.); *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 216 F.T.R. 223 (T.D.). Although this jurisprudence was concerned with provisions under the former legislation and the term "landing" is no longer found in IRPA, the rationale contained in the noted authorities remains apposite. One does not become a permanent resident until one is "landed". Consequently, the application process is not complete merely as a result of the processing of an application for a visa or because a visa is granted. The "time of that application" includes the period that begins with the submission of the application and continues through to the time when permanent residence is granted. Were it otherwise, any applicant could circumvent the provisions of the legislation by simply completing and submitting his or her application form prior to marrying.

nouvelle loi risquait d'influer sur le statut de son mari. L'imposition d'une telle obligation n'a aucun fondement en droit.

[21] Je répondrais donc par la négative à la première question certifiée.

La seconde question

[22] La seconde question requiert quelques développements. Le point soulevé a donné lieu à des avis partagés au sein de la Cour fédérale. En concluant comme il l'a fait, le juge de première instance se dispensait de suivre la décision rendue par la juge Layden-Stevenson dans l'affaire *Dave c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 510 (*Dave*), où elle avait considéré que « l'époque où cette demande a été faite », dans l'alinéa 117(9)d), s'entend de la période qui débute avec la présentation de la demande de visa et qui se poursuit jusqu'à ce que l'étranger obtienne au point d'entrée le droit d'entrer au Canada en tant que résident permanent. L'essentiel de son raisonnement est aux paragraphes 12 et 13 de ses motifs :

Pour ce qui est de l'interprétation que M. Dave propose de la phrase « à l'époque où cette demande a été faite », il ne prétend pas que les mots « la demande » fassent référence à autre chose que la demande de résidence permanente. Il ne conteste pas non plus qu'un visa, en soi, ne confère pas un droit d'entrée : *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. De Decaro*, [1993] 2 C.F. 408 (C.A.), le juge Marceau; *McLeod c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 1 C.F. 257 (C.A.); *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2002), 216 F.T.R. 223 (1^{re} inst.). Bien que cette jurisprudence porte sur les dispositions de l'ancienne loi et que le terme « établissement » ne figure plus dans la LIPR, l'analyse qu'on y retrouve demeure pertinente. On ne devient un résident permanent qu'après « s'être établi » dans le pays. Par conséquent, le processus de la demande n'est pas achevé du simple fait qu'une demande de visa est traitée ou qu'un visa est accordé. L'expression « à l'époque où cette demande a été faite » comprend la période qui va de la présentation de la demande jusqu'à l'octroi de la résidence permanente. S'il en était autrement, tout demandeur pourrait contourner les dispositions législatives en remplissant et en présentant simplement sa demande avant de se marier.

In short, the application process for permanent residence encompasses not only the application for a visa, but also the application for admission at the port of entry (POE). Accordingly, the argument that the phrase “at the time of that application” comprises only the point in time when the application form was completed and submitted must fail.

[23] *Dave* was followed by Pinard J. in both *Benjelloun v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 844 and *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. De Guzman*, 2005 FC 1255, and by Gibson J. in *Tallon v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 277 F.T.R. 176 (F.C.). More recently, Shore J. came to the same conclusion in *Akhter v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 481, a decision in which he emphasized that limiting “the time of that application” to the time when the application was filed would deprive paragraph 117(9)(d) of any concrete or practical effect (*Akhter*, paragraph 36).

[24] The applications Judge in this case challenged the assertion that a foreign national could circumvent paragraph 117(9)(d) by simply submitting the application form prior to marrying. He said at paragraph 30 of his reasons:

I cannot agree that if the “time of application” is given its ordinary meaning any applicant could circumvent the Regulations by marrying after submitting his or her application. The answer lies in the landing form. Mrs. dela Fuente could have been removed under the old Act for misrepresentation. Likewise, section 40 of IRPA provides that a permanent resident or a foreign national is inadmissible for misrepresentation relating to a relevant matter, or for having been sponsored by a person who is deemed to be inadmissible for misrepresentation. The “mischief” could have been avoided by not forgiving Mrs. dela Fuente. She could have been removed, as could her husband as being sponsored by an inadmissible person.

[25] In *Tauseef v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 51 Imm. L.R. (3d) 322 (F.C.),

En bref, le processus de demande de résidence permanente englobe non seulement la demande de visa, mais également la demande d'autorisation de séjour au point d'entrée. Par conséquent, l'argument selon lequel la phrase « à l'époque où cette demande a été faite » comprend seulement le moment précis où cette demande a été remplie et soumise doit être rejeté.

[23] La décision *Dave* a été suivie par le juge Pinard dans l'affaire *Benjelloun c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 844, et l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. De Guzman*, 2005 CF 1255, et par le juge Gibson dans l'affaire *Tallon c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1039. Plus récemment, le juge Shore est arrivé à la même conclusion dans la décision *Akhter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 481, où il soulignait que le fait de limiter « l'époque où cette demande a été faite » à la date du dépôt de la demande priverait l'alinéa 117(9)d) de tout effet concret ou pratique (décision *Akhter*, au paragraphe 36).

[24] En l'espèce, le juge de première instance a mis en doute l'affirmation selon laquelle un étranger pourrait contourner l'alinéa 117(9)d) en présentant tout simplement le formulaire de demande avant de se marier. Il écrit ce qui suit, au paragraphe 30 de ses motifs :

Je ne suis pas d'accord pour dire que, si on donne leur sens courant aux mots « époque de la demande », tout demandeur pourrait contourner le Règlement en se mariant après avoir soumis sa demande. La réponse réside dans la fiche d'établissement. M^{me} dela Fuente aurait pu être renvoyée du Canada en vertu de l'ancienne Loi pour fausses déclarations. Dans le même ordre d'idées, l'article 40 de la LIPR interdit de territoire pour fausses déclarations le résident permanent ou l'étranger qui a fait une présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent ou qui a été parrainé par un répondant dont il a été statué qu'il était interdit de territoire pour fausses déclarations. Le « préjudice » aurait pu être évité en ne pardonnant pas à M^{me} dela Fuente. Elle aurait pu être renvoyée, tout comme son mari en tant que personne parrainée par une répondante dont il a été statué qu'elle était interdite de territoire.

[25] Dans la décision *Tauseef c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1209, le

Phelan J. (whose reasoning was followed by Tremblay-Lamer J. in *Beauvais v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 49 Imm. L.R. (3d) 217 (F.C.)), adopted the views expressed by the applications Judge in this instance and added comments of his own. He said at paragraph 20 “The provision at issue appears in the section of the regulations designed to regulate and thus foster the objective of family unification [under paragraph 3(1)(d) of the IRPA]”. According to Phelan J., limiting the phrase to the time of the filing of the application is more consistent with that objective.

[26] Phelan J. added that under section 51 of the Regulations, foreign nationals have a continued obligation to report any change in their marital status right up to the time of entry. Construing “the time of that application” as proposed in *Dave* would make that provision redundant (*Tauseef*, paragraph 26).

[27] In a decision released shortly after the present appeal was heard (*Abdo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 533), Phelan J. reiterated this reasoning and certified essentially the same question as the one certified in this instance, except that it refers to the time at which the application was “submitted” rather than the time at which it was “made”.

The novel approach

[28] To complicate matters, the Minister no longer relies on *Dave* or on any of the views espoused by the Federal Court to date. He asserts for the first time in this appeal that there are in reality two separate and distinct applications involved in the process of obtaining permanent resident status, one being the application for a visa which is filed at the visa office and the other being the application for permanent residence which takes place at a port of entry when the foreign national seeks to enter Canada. In so arguing, the Minister relies on the decision of the IAD of the IRB in *Andrea v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] I.A.D.D. No. 14 (QL), paragraphs 12-14.

juge Phelan (dont le raisonnement fut suivi par la juge Tremblay-Lamer dans la décision *Beauvais c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1408) a fait siennes les vues exprimées par le juge de première instance dans la présente affaire, en y ajoutant ses propres observations. Il a écrit, au paragraphe 20 : « La disposition en cause se trouve dans la partie du Règlement conçue pour régler et donc promouvoir l'objectif de réunification des familles [selon l'alinéa 3(1)d) de la LIPR] ». Pour le juge Phelan, limiter l'expression à la date du dépôt de la demande s'accorde davantage avec cet objectif.

[26] Le juge Phelan ajoutait que, selon l'article 51 du Règlement, l'étranger est en permanence tenu, jusqu'à son arrivée, de signaler tout changement survenu dans sa situation matrimoniale. Interpréter « l'époque où cette demande a été faite » comme le propose la décision *Dave* rendrait cette disposition superflue (décision *Tauseef*, paragraphe 26).

[27] Dans une décision rendue peu après l'instruction du présent appel (*Abdo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 533), le juge Phelan s'est de nouveau fondé sur ce raisonnement et a certifié essentiellement la même question que celle qui a été certifiée ici, si ce n'est qu'il y est question de l'époque où la demande a été « présentée » plutôt que de l'époque où elle a été « faite ».

L'approche nouvelle

[28] Pour compliquer les choses, le ministre ne se fonde plus sur la décision *Dave*, ni sur aucune des positions adoptées à ce jour par la Cour fédérale. Pour la première fois, il affirme dans cet appel que la procédure d'obtention du statut de résident permanent fait en réalité intervenir deux demandes séparées et distinctes, à savoir la demande de visa qui est déposée au bureau des visas, puis la demande de résidence permanente, qui est présentée au point d'entrée le jour où l'étranger cherche à entrer au Canada. À l'appui de cet argument, le ministre invoque la décision rendue par la SAI de la CISR dans l'affaire *Andrea c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] D.S.A.I. n° 14 (QL), aux paragraphes 12 à 14.

[29] In my respectful view, the novel position advocated by the Minister is not supported by the legislation. The argument essentially rests on paragraph 28(b) of the Regulations which provides that a person who seeks to enter Canada is considered to have made an application under the Act. Hence, it is argued that a person who seeks to enter Canada makes an application for permanent residence at that time. As the respondent failed to disclose that she was married when she entered Canada, paragraph 117(9)(d) operates to exclude her husband from the family class.

[30] However, paragraph 28(b) was promulgated “for the purposes of subsection 15(1) of the Act”. It allows for examinations which are attendant to an application under the Act to take place whenever a person seeks to enter Canada. It does not apply for any other purpose. Moreover, even if section 28 was a provision of general application, paragraph (b) speaks of an application to enter Canada. It has not been shown how this application metamorphosizes into an application for permanent residence.

[31] The new position advocated by the Minister also runs counter to his own understanding of the legislation when regard is had to the forms and publications printed under his authority. For instance, the authorized form for seeking permanent residence status (Form IMM 0008) is entitled “Application for Permanent Residence in Canada” and the *Immigration Manual: Overseas Processing (OP)* (Chapter OP 1: Procedures and Chapter OP 2: Processing Members of the Family Class) published by the Minister make it clear that this application is filed at the designated visa office (Chapter OP 1, sections 5.16, 7.5, 8 and Appendix B, C, D, E of Chapter OP 1; Chapter OP 2, sections 5.5, 9, 10, and 10.5). Nowhere is it suggested that an application for permanent residence is initiated otherwise than by filing the authorized form at the designated visa office.

[32] The novel position would provide a quick and easy solution to the problem at hand from the perspective of the Minister, but it runs counter to his

[29] Malheureusement, cette position inédite préconisée par le ministre ne s’appuie pas sur la législation. L’argument repose essentiellement sur l’alinéa 28b) du Règlement, qui prévoit que celui qui cherche à entrer au Canada est réputé avoir présenté une demande selon la LIPR. On affirme donc que celui qui cherche à entrer au Canada présente à ce moment-là une demande de résidence permanente. Puisque l’intimée n’a pas révélé qu’elle était mariée quand elle est entrée au Canada, l’alinéa 117(9)d) a pour effet d’exclure son mari de la catégorie du regroupement familial.

[30] Toutefois, l’alinéa 28b) a été promulgué « [p]our l’application du paragraphe 15(1) de la [LIPR] ». Il prévoit l’accomplissement, lorsqu’une personne cherche à entrer au Canada, des contrôles afférents à une demande présentée en vertu de la LIPR. Il ne s’applique à aucune autre fin. D’ailleurs, même si l’article 28 était une disposition d’application générale, son alinéa b) parle d’une demande d’admission au Canada. On n’a pas montré comment cette demande se transforme en une demande de résidence permanente.

[31] La position nouvelle défendue par le ministre va aussi à rebours de sa propre interprétation de la législation si l’on considère les formulaires et publications imprimés sous son autorité. Par exemple, le formulaire officiel de demande du statut de résident permanent (Formulaire IMM 0008) est intitulé « Demande de résidence permanente au Canada » et le *Guide de l’Immigration : Traitement des demandes à l’étranger (OP)* (Chapitre OP 1 : Procédures et chapitre OP 2 : Traitement des demandes présentées par des membres de la catégorie du regroupement familial), publiés par le ministre, précisent clairement qu’une telle demande est déposée au bureau des visas désigné (Chapitre OP 1, sections 5.16, 7.5, 8, et appendices B, C, D, E du chapitre OP 1; chapitre OP 2, sections 5.5, 9, 10 et 10.5). Nulle part on ne donne à penser qu’une demande de résidence permanente débute autrement que par le dépôt du formulaire autorisé au bureau des visas désigné.

[32] La position nouvelle permettrait de résoudre rapidement et facilement, selon l’optique du ministre, le problème qui se pose, mais elle va à rebours de sa

own understanding of the legislative scheme, and there is no statutory foundation for the proposition that an application for permanent residence is initiated at the port of entry.

The suggested approach

[33] In my respectful view, the issue must be addressed by answering the two questions identified by the Federal Court in the decisions rendered to date, i.e., what is the application to which reference is made in paragraph 117(9)(d), and what is meant by “the time of that application”?

[34] Paragraph 117(9)(d) identifies “that application” as being the “application for permanent residence” made by the sponsor. This last phrase only appears in paragraph 117(9)(d) and the Act does not provide for a definition. However, the term “permanent resident” is defined as a person who has acquired that status (subsection 2(1)), and the Act provides that a foreign national becomes a permanent resident by establishing to the satisfaction of an immigration officer at a port of entry that he or she has applied for that status (subsection 21(1)), holds a visa and has come to Canada in order to establish permanent residence (and is not inadmissible) (paragraph 20(1)(a)).

[35] The actual steps involved in that process in so far as they can be gleaned from the authorized form to which I have referred and the *Immigration Manual: Overseas Processing (OP)* appear to mirror this scheme. Based on the procedure outlined, the process is initiated by the filing at the designated visa office of an “Application for Permanent Residence in Canada” form which is completed in contemplation of the issuance of a visa for travel to Canada within the specified category. Once the visa is issued, the foreign national is invited to appear at a port of entry, visa in hand, and satisfy the immigration officer that he or she has come to Canada in order to establish permanent residence. If the officer is so satisfied, the foreign national is granted the right to enter Canada in order to establish permanent residence. That is how permanent resident status is acquired.

propre interprétation de la législation, et l'idée selon laquelle une demande de résidence permanente prend naissance au point d'entrée ne repose sur aucune base légale.

L'approche proposée

[33] À mon humble avis, il faut décider le point soulevé en répondant aux deux questions cernées par la Cour fédérale dans les décisions rendues à ce jour, c'est-à-dire : de quelle demande s'agit-il dans l'alinéa 117(9)d)? Que faut-il entendre par « l'époque où cette demande a été faite »?

[34] Pour l'alinéa 117(9)d), « cette demande » est la « demande » par laquelle « le répondant est devenu résident permanent ». Cette description de la demande n'apparaît que dans l'alinéa 117(9)d), et la Loi n'en donne pas de définition. Toutefois, l'expression « résident permanent » est définie au paragraphe 2(1) de la LIPR comme une personne qui a ce statut, et la LIPR dispose que l'étranger devient résident permanent si l'agent d'immigration constate au point d'entrée qu'il a demandé ce statut (paragraphe 21(1)), qu'il détient un visa et qu'il est venu au Canada pour s'y établir en permanence (et qu'il n'est pas interdit de territoire) (alinéa 20(1)a)).

[35] Les démarches effectives que suppose ce processus, pour autant qu'on puisse les déceler à la lecture du formulaire officiel que j'ai évoqué, et à la lecture du *Guide de l'immigration : Traitement des demandes à l'étranger (OP)*, semblent confirmer ce régime. Si l'on suit la procédure que je viens de décrire brièvement, le processus débute par le dépôt, au bureau des visas désigné, d'un formulaire de « Demande de résidence permanente au Canada », qui est rempli en vue de l'obtention d'un visa permettant à son titulaire, membre de la catégorie précisée, de se rendre au Canada. Une fois le visa délivré, l'étranger est invité à se présenter à un point d'entrée, muni de son visa, et à convaincre l'agent d'immigration qu'il est venu au Canada pour s'y établir en permanence. Si l'agent est ainsi convaincu, l'étranger obtient le droit d'entrer au Canada pour s'y établir en permanence. Voilà comment est acquis le statut de résident permanent.

[36] Thus, an application for permanent residence is initiated by the filing of the authorized form and the process ends at the port of entry when the foreign national is allowed to enter Canada as a permanent resident.

[37] The dispute in this case is not about the meaning of the word “application”. The respondent concedes so much at paragraph 67 of her memorandum of fact and law. Indeed, all the Federal Court decisions rendered to date were reached on the basis that the word “application” in the phrase “time of that application” refers to the application for permanent residence which is initiated by filing the authorized form with the designated visa office.

[38] The question which needs to be clarified is the time that is referenced in the phrase “at the time of that application”. Is it the time when the application is filed at the visa office as the applications Judge held, or is it the time that runs from the filing of the application to the time when permanent resident status is acquired as was held in *Dave*?

[39] Recognizing that the phrase can reasonably be read either way, I have concluded that the interpretation proposed in *Dave* is to be preferred for the following reasons.

[40] As was noted by Layden-Stevenson J. in *Dave* and as highlighted by this case, limiting the ambit of the provision to the time when the sponsor files the application at the visa office would allow foreign nationals to avoid paragraph 117(9)(d) altogether, by changing their marital status after having applied for a permanent resident visa.

[41] In discounting this concern, the applications Judge said that the respondent could still be removed for having misrepresented her status at the port of entry (see paragraph 24 above). No doubt this is so. However, the Act contemplates sanctions which are less drastic than removal and perhaps more appropriate. Indeed, given

[36] Ainsi, « cette demande », la demande de résidence permanente, débute donc par le dépôt du formulaire officiel, et le processus se termine au point d'entrée, lorsque l'étranger est autorisé à entrer au Canada en tant que résident permanent.

[37] Le différend dont la Cour est saisie ne concerne pas le sens des mots « cette demande ». L'intimée n'en disconvient pas, au paragraphe 67 de son exposé des faits et du droit. Toutes les décisions rendues à ce jour par la Cour fédérale l'ont d'ailleurs été sur le fondement selon lequel les mots « cette demande » dans l'expression « l'époque où cette demande a été faite » s'entend de la demande de résidence permanente, qui débute par le dépôt du formulaire autorisé auprès du bureau des visas désigné.

[38] Le point qu'il faut éclaircir, c'est le sens du mot « époque » employé dans l'expression « à l'époque où cette demande a été faite ». S'agit-il de l'époque où la demande est déposée au bureau des visas comme l'a dit le juge de première instance, ou s'agit-il de l'époque qui va du dépôt de la demande jusqu'au jour où l'étranger devient résident permanent, selon la décision *Dave*?

[39] Reconnaissant que l'expression peut légitimement être interprétée des deux manières, je suis arrivé à la conclusion que l'interprétation proposée dans la décision *Dave* doit l'emporter, pour les raisons suivantes.

[40] Ainsi que le faisait observer la juge Layden-Stevenson dans la décision *Dave*, et comme le montre la présente affaire, limiter la portée de la disposition à l'époque où le répondant dépose la demande au bureau des visas reviendrait à permettre aux étrangers de contourner tout simplement l'alinéa 117(9)d) en modifiant leur situation matrimoniale après avoir demandé un visa de résident permanent.

[41] Laissant de côté cet aspect, le juge de première instance a dit que l'intimée pouvait néanmoins être renvoyée pour avoir fait une fausse déclaration sur son statut au point d'entrée (voir le paragraphe 24 ci-dessus). Cela ne fait aucun doute. Toutefois, la LIPR envisage des sanctions qui sont moins rigoureuses que

the fact that in this case the respondent has been in Canada for some 15 years and has a Canadian-born child, her removal may not best achieve the objectives of the IRPA. Preventing her from sponsoring a family member which she failed to disclose at the port of entry appears more measured.

[42] In my view, paragraph 117(9)(d) should be construed so as to achieve its intended effect, assuming of course that the words reasonably allow for this result. In this regard, it is useful to read the English and French text of paragraph 117(9)(d) together.

[43] The phrase “at the time of that application” is rendered in the French text by the words “à l’époque où cette demande a été faite”. The word “époque” provides for an elastic notion of time measured by reference to the event to which it relates (“1. Point fixe et déterminé dans le temps, événement qui sert de point de départ à une chronologie particulière. ⇨ ère (1°)» (*Le Nouveau Petit Robert*, 1996)). The primary meaning of the word “époque” in English is: “1. Epoch, era, age” (*Harrap’s New Shorter French and English Dictionary*, 1978).

[44] The phrase “at the time of” is used more than once in section 117 of the Regulations. For instance, in paragraph 117(3)(e) the phrase “at the time the adoption took place” is used; in paragraphs 117(4)(a) [as am. by SOR/2004-167, s. 41] and (b) the phrase “at the time of the adoption” is used; in subparagraph 117(9)(c)(i) the phrase “at the time of their marriage” is used. In these three instances the corresponding French text uses the phrase “au moment” rather than “à l’époque” to provide for the intended meaning (i.e., “l’adoption était, au moment où elle a été faite” paragraph 117(4)(a); “au moment de l’adoption” paragraph 117(3)(e); “au moment de leur mariage” subparagraph 117(9)(c)(i)).

[45] In the French language, the words “à l’époque où cette demande a été faite” convey an extended notion of time capable of embracing the life of the application whereas the words “au moment de l’adoption” or “de

le renvoi et sans doute plus adéquates. Étant donné que l’intimée vit au Canada depuis environ 15 ans et qu’elle a un enfant né au Canada, son renvoi pourrait en effet ne pas s’accorder avec les objectifs de la LIPR. Il serait sans doute plus raisonnable de lui interdire de parrainer un proche dont elle a négligé de révéler l’existence au point d’entrée.

[42] À mon avis, l’alinéa 117(9)d) devrait être interprété d’une manière propre à lui donner l’effet recherché, à supposer naturellement que les mots employés autorisent raisonnablement ce résultat. Il est utile ici de lire ensemble le texte français et le texte anglais de l’alinéa 117(9)d).

[43] L’expression anglaise « *at the time of that application* » est rendue en français par « à l’époque où cette demande a été faite ». Le mot « époque » donne une idée élastique du temps, mesuré par référence au fait auquel il se rapporte (« 1. Point fixe et déterminé dans le temps, événement qui sert de point de départ à une chronologie particulière. ⇨ ère (1°) » (*Le Nouveau Petit Robert*, 1996)). Le sens premier du mot « époque », en anglais, est : « 1. Epoch, era, age » (*Harrap’s New Shorter French and English Dictionary*, 1978).

[44] Les mots « *at the time of* » sont employés plus d’une fois dans la version anglaise de l’article 117 du Règlement. Par exemple, dans l’alinéa 117(3)e), on trouve les mots « *at the time the adoption took place* »; dans les alinéas 117(4)a) [mod. par DORS/2004-167, art. 41] et b), on trouve les mots « *at the time of the adoption* »; au sous-alinéa 117(9)c)(i), on trouve les mots « *at the time of their marriage* ». Dans ces trois cas, le texte français correspondant emploie l’expression « au moment », plutôt que l’expression « à l’époque », pour circonscrire le sens (plus exactement, « l’adoption était, au moment où elle a été faite », dans l’alinéa 117(4)a); « au moment de l’adoption », dans l’alinéa 117(3)e); « au moment de leur mariage », dans le sous-alinéa 117(9)c)(i)).

[45] Dans la version française, les mots « à l’époque où cette demande a été faite » donnent du temps une idée élargie apte à embrasser la durée de la demande, tandis que les mots « au moment de l’adoption » ou « de

leur mariage” refer to the moment when the event occurred rather than its duration (“*Moment. Petite partie du temps, temps fort court; instant*”, *Dictionnaire Quillet de la langue française*, 1990). The fact that the two expressions appear in the same provision and are used in respect of different events suggests that they are used in contradistinction.

[46] The word “time” in the English language is capable of bearing these two meanings. It can mean “**I.** A space or extent of time. **1.** A limited stretch or space of continued existence, as the interval between two successive events or acts, or the period through which an action, condition or state continues; **2.** . . . A particular period indicated or characterized in some way OE. **3.** A period in the existence or history of the world; an age, an era.” It can also mean “**II.** Time when: a point of time; a space of time treated without ref. to its duration” (*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 3rd ed., 1988).

[47] Applying the shared meaning rule to the construction of paragraph 117(9)(d) (see *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed., 2002, at pages 80, 81 and the cases referred to therein), the phrase “at the time of that application” must be taken to refer to the life of the application, i.e., “the period through which an action, condition or state continues”. This construction gives effect to the grammatical meaning of the words in both texts and achieves the intended result, which is to deter foreign nationals from concealing their family relationships in order to facilitate their own entry.

[48] It is also consistent with the objective of family reunification under the IRPA (paragraph 3(1)(d)). In order to achieve this objective, the scheme requires that a prospective immigrant’s family members be identified so that the family unit may be assessed as a whole as well as the eligibility of each member. Reading the phrase “at the time of that application” as referring to the life of the application allows foreign nationals to define their family unit and make appropriate changes

leur mariage » s’entendent du moment où le fait s’est produit plutôt que de sa durée (« *Moment. Petite partie du temps, temps fort court; instant* » *Dictionnaire Quillet de la langue française*, 1990). Le fait que les deux expressions apparaissent dans la même disposition et soient employées pour divers faits donne à penser qu’elles sont employées en opposition l’une par rapport à l’autre.

[46] Le mot « *time* », en anglais, peut avoir ces deux significations. Il peut signifier [TRADUCTION] « **I.** Une période de temps. **1.** Un intervalle de temps, par exemple l’intervalle entre deux faits successifs, ou la période au cours de laquelle une action, une condition ou un état se poursuit; **2.** [. . .] Une période particulière indiquée ou caractérisée de quelque façon (vieil anglais). **3.** Une période de l’existence ou de l’histoire du monde; un âge, une ère ». Il peut aussi signifier [TRADUCTION] « **II.** Un point donné dans le temps; une période de temps considérée indépendamment de sa durée » (*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 3^e éd., 1988).

[47] Si l’on applique à l’interprétation de l’alinéa 117(9)d) la règle de la signification commune (voir *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., 2002, aux pages 80 et 81, et les précédents qui y sont mentionnés), alors les mots « à l’époque où cette demande a été faite » doivent s’entendre de la période que dure la demande, c’est-à-dire « la période au cours de laquelle une action, une condition ou un état se poursuit ». Cette interprétation donne effet au sens grammatical des mots dans les deux textes et contribue au résultat souhaité, qui est de dissuader les étrangers de dissimuler leurs liens familiaux dans le dessein de faciliter leur propre admission.

[48] Cette interprétation s’accorde également avec l’objectif du regroupement familial dont il est question dans l’alinéa 3(1)d) de la LIPR. Pour que cet objectif soit atteint, la législation requiert que les membres de la famille de l’éventuel immigrant soient identifiés afin que la cellule familiale puisse être évaluée globalement, ainsi que l’admissibilité de chaque membre. Voir dans les mots « à l’époque où cette demande a été faite » la durée de la demande permet à l’étranger de définir sa cellule

right up to the moment when they seek to enter Canada, which in turn, facilitates the admission of disclosed family members who may seek to come to Canada in the future. This is how family unification is achieved under the IRPA.

[49] Finally, I do not believe that reading paragraph 117(9)(d) in this manner renders section 51 of the Regulations redundant (*Tauseef*, paragraph 26). It is true that section 51, like paragraph 117(9)(d), seeks to ensure full disclosure of the family unit. Section 51 does so by imposing on applicants an ongoing obligation to disclose any change in their marital status between the time when the visa is obtained and the time when entry is sought. That two provisions are aimed at ensuring that full disclosure of family members is made up to the time of entry highlights the importance of the timely definition of the family unit, but no redundancy arises when regard is had to the different means employed by these provisions to achieve this goal.

[50] In my view, construing the phrase “at the time of that application” as proposed in *Dave*, achieves the intended effect and promotes family unification within the scheme provided under the IRPA towards that end.

[51] I would therefore answer the second certified question as follows: the phrase “at the time of that application” in paragraph 117(9)(d) of the Regulations contemplates the life of the application from the time when it is initiated by the filing of the authorized form to the time when permanent resident status is granted at a port of entry.

[52] Since the respondent was married at that time and since she failed to disclose this relationship, her husband is excluded from the family class by virtue of paragraph 117(9)(d) of the Regulations.

[53] For these reasons, I would answer the two certified questions as proposed in paragraphs 21 and 51

familiale et de modifier au besoin cette définition jusqu’au moment où il cherche à entrer au Canada, ce qui alors facilite l’admission des membres de la famille dont l’existence a été révélée et qui pourraient dans l’avenir chercher à venir au Canada. C’est ainsi que le regroupement familial est réalisé d’après la LIPR.

[49] Finalement, je ne crois pas que le fait d’interpréter ainsi l’alinéa 117(9)d) rende superflu l’article 51 du Règlement (décision *Tauseef*, paragraphe 26). Il est vrai que l’article 51, tout comme l’alinéa 117(9)d), vise à garantir la divulgation de l’existence de tous les membres de la cellule familiale. L’article 51 impose à cette fin aux candidats l’obligation de révéler tout changement de leur situation matrimoniale survenu entre la date à laquelle le visa est obtenu et la date à laquelle le candidat cherche à entrer au Canada. Le fait que deux dispositions visent à garantir la divulgation de l’existence de tous les membres de la famille jusqu’à la date de l’entrée au Canada montre l’importance de définir ponctuellement la cellule familiale, mais l’on ne saurait dire que l’article 51 est superflu si l’on considère les moyens différents employés par les deux dispositions pour atteindre cet objectif.

[50] À mon avis, l’interprétation des mots « à l’époque où cette demande a été faite », de la façon que la décision *Dave* le propose, permet d’obtenir l’effet souhaité et encourage le regroupement familial selon le mécanisme prévu à cette fin par la LIPR.

[51] Je répondrais donc ainsi à la seconde question certifiée : l’expression « à l’époque où cette demande a été faite », dans l’alinéa 117(9)d) du Règlement, s’entend de la durée de la demande, depuis la date à laquelle elle a été amorcée par le dépôt du formulaire officiel jusqu’à la date à laquelle l’intéressé obtient le statut de résident permanent au point d’entrée.

[52] Puisque l’intimée était mariée à cette époque, et puisqu’elle n’a pas révélé cette union, son mari est exclu de la catégorie du regroupement familial, en application de l’alinéa 117(9)d) du Règlement.

[53] Pour ces motifs, je répondrais aux deux questions certifiées comme il est indiqué dans les paragraphes 21

of these reasons and given those answers, I would allow the appeal, set aside the decision of the applications Judge and rendering the judgment which he ought to have rendered, I would dismiss the application for judicial review.

SHARLOW J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

et 51 des présents motifs et, en conséquence de ces réponses, j'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision du juge de première instance et, rendant le jugement qui aurait dû être rendu, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE MALONE, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

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 Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html>, 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.**

ADMINISTRATIVE LAW

JUDICIAL REVIEW

Judicial review of refusal by respondent Agency to implement decision of Independent Third Party Review (ITPR)—Agency should have applied for judicial review of ITPR decision, but did not do so—Cannot now obtain judicial review of ITPR decision—Refusal decision incorrect, unreasonable for lack of proper analysis in support thereof—Application allowed.

BURSTYN V. CANADA (CUSTOMS AND REVENUE AGENCY) (T-1500-05, 2006 FC 744, Layden-Stevenson J., judgment dated 13/6/06, 22 pp.)

Grounds of Review

Judicial review of decision by Commissioner of RCMP terminating participation in witness protection program in accordance with *Witness Protection Program Act*, s. 9—Court applying relevant factors set out in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3 to determine content of procedural fairness—Expectation, requirements of procedural fairness high—Respondent failing to meet duty of procedural fairness, to consider matters relevant to determination—Application allowed—*Witness Protection Program Act*, S.C. 1996, c. 15, s. 9.

JOHN DOE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1151-05, 2006 FC 92, Phelan J., order dated 27/1/06, 11 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

IMMIGRATION PRACTICE

Motions for stay of removal until such time as underlying applications for leave, judicial review considered, finally determined—Serious issue to be tried—Whether prospect of irreparable harm to children's elderly, ill grandfather sufficient to justify stay—Review of cases finding irreparable harm established when occurring to others, decisions harm must be personal to applicants—Evidence, submissions not establishing children, grandfather will suffer irreparable harm if applicants removed—Balance of convenience not in favour of applicants—Motions dismissed.

TAJRAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3051-06, 2006 FC 760, Mosley J., order dated 15/6/06, 11 pp.)

STATUS IN CANADA

Citizens

Appeal from dismissal of application for judicial review (2005 FC 572) of Citizenship Officer's decision to reject applications for proof of Canadian citizenship—Appeal allowed—Appellants relying on grandfather's status as Canadian citizen for claim

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

to citizenship—Applications judge determining grandfather never entitled to Canadian citizenship—Procedural fairness demanding grandfather be given opportunity to make representations—Possibility for inconsistent results in two sets of proceedings.

VELETA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-215-05, 2006 FCA 138, Sexton J.A., judgment dated 19/4/06, 11 pp.)

Convention Refugees

Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board rejecting application by Minister of Citizenship and Immigration to vacate previous decision of Refugee Division finding respondent to be Convention refugee—Patently unreasonable for Board to base decision on respondent's limited education, lack of sophistication and on department's failure to communicate new information to Board—Also failed to conduct proper analysis under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 109(2)—Application allowed—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 109.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. PEARCE (IMM-3826-05, 2006 FC 492, Blanchard J., order dated 18/4/06, 17 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW**CHARTER OF RIGHTS***Mobility Rights*

Judicial review of determination male applicant, Canadian permanent resident serving prison sentence in U.S.A., not eligible for transfer to Canada—Applicants seeking declaration limitation in *International Transfer of Offenders Act* (ITO Act) to Canadian citizens violates *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15—ITO Act, s. 2 in accord with Charter, s. 6 (right of permanent resident to move to, reside in, work in any province)—Thus could not infringe Charter, s. 15—In any event, not infringing s. 15, but if did, saved by Charter, s. 1—Application dismissed—*International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21—*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 6, 15.

CATENACCI V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-822-05, 2006 FC 539, Phelan J., judgment dated 28/4/06, 39 pp.)

CROWN**TORTS**

Action in damages against Crown in which plaintiff alleged officials of Department of Citizenship and Immigration Canada negligent both in processing of application for permanent residence, wife's immigration file—Action dismissed.

FARZAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-626-96, 2005 FC 1659, Martineau J., judgment dated 6/12/05, 61 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**PROCEEDS OF CRIME (MONEY LAUNDERING) AND TERRORIST FINANCING ACT**

Application for *mandamus* to compel Minister of National Revenue to make decision under *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, s. 12(1) in respect of funds seized in April 2005, ownership of which claimed by applicant—Whether Minister had authority to demand evidence as to claim to lawful ownership of funds from person making request under Act, s. 25; if so, were demands, actions of Minister consistent with requirements of procedural fairness—S. 25 not requiring Minister to determine lawful ownership—Application allowed—*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17, ss. 12, 25.

PHAM V. M.N.R. (T-1956-05, 2006 FC 759, Hughes J., judgment dated 14/6/06, 15 pp.)

EMPLOYMENT INSURANCE

Judicial review of Umpire's decision that ignorance of the law or negligence not sufficient to show good cause for claimant's delay in making claim for employment insurance benefits during time prescribed for making claim, pursuant to *Employment*

EMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

Insurance Act (Act), s. 10(5)—Whether claimant required to make a claim for benefits during waiting period stipulated in Act, s. 13—Disentitlement under s. 13 relating to waiting period covered by definition of term “disentitled” in s. 6; therefore no requirement to make claim for benefits—Application allowed—*Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, ss. 6 “disentitled”, 10(5), 13.

PAQUETTE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-597-05, 2006 FCA 309, Létourneau J.A., judgment dated 22/9/06, 11 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION

Appeal from Federal Court’s decision (2004 FC 1105) concluding *Federal Courts Act*, s. 18.5 barred appellant from judicial review because had right of appeal under *Income Tax Act*, s. 169(1)—Purpose of s. 18.5—Federal Court may review legality of collection measures, but not attack on underlying assessment—Appeal dismissed—*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.5—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 169.

WALKER V. CANADA (A-454-04, 2005 FCA 393, Malone J.A., judgment dated 28/11/05, 7 pp.)

FISHERIES

Judicial review of decision by Minister of Fisheries and Oceans Canada to issue snow crab fishing licence to Acadian Groundfish Fishermen’s Association (APPFA) in exchange for sum of \$1,900,000 to fund additional activities of Department of Fisheries and Oceans (DFO)—Minister not having authority under *Fisheries Act* to fund DFO’s scientific research from sale of snow crab—Same finding applying to funding of DFO’s additional activities—As such, Minister acted beyond his jurisdiction under Act in issuing licence to APPFA—Application allowed—*Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14.

ASSOC. DES CRABIERS ACADIENS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-775-05, 2006 FC 1241, Martineau J., order dated 18/10/06, 6 pp.)

Judicial review of decision by Minister of Fisheries and Oceans Canada to impose on certain snow crab fishing licence holders requirement to install vessel monitoring system (VMS) on their vessels—*Fishery (General) Regulations*, s. 22(1)(z) allowing Minister to specify on fishing licence that holder is to install VMS, provided that this requirement based on relevant considerations—Such was case herein—Application allowed in part—*Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53, s. 22(1)(l).

ASSOC. DES CRABIERS ACADIENS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-777-05, 2006 FC 1242, Martineau J., order dated 18/10/06, 6 pp.)

HUMAN RIGHTS

Appeal from Federal Court decision ([2006] 2 F.C.R. 637) upholding decision of Canadian Human Rights Commission to reject appellants’ complaints of discrimination since respondent had proven *bona fide* occupational requirement—Judge, in his assessment of matters brought before him, committed no error of fact or law warranting the Court’s intervention—Commission not acting contrary to law or unreasonably in exercise of its discretion—Appeal dismissed.

BASTIDE V. CANADA POST CORP. (A-524-05, A-523-05, 2006 FCA 318, Létourneau, J.A., judgment dated 28/9/06, 6 pp.)

Judicial review of decision by Canadian Human Rights Tribunal awarding costs to successful complainant represented by non-lawyer—Whether Tribunal erred in law, in fact in awarding costs to respondent for “legal and representation fees” of non-lawyer—“Counsel” in *Canadian Human Rights Act*, s. 50(1) meaning “lawyer”, excluding non-lawyers—Tribunal wrongly awarding costs for non-lawyer’s fees to respondent—Application allowed—*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 50(1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. BROWN (T-1771-04, 2005 FC 1683, Hansen J., order dated 13/12/05, 15 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION**

Appeal from Tax Court of Canada decision (*Nash v. Canada*, [2005] 1 C.T.C. 2138) in which main issue fair market value (FMV) of groups of limited edition prints purchased by respondents (taxpayers), donated by them to charities, universities—Tax

INCOME TAX—Concluded

Court Judge finding in each case FMV of property that determined by appraisal introduced in evidence before him, allowing taxpayers' appeals—Tax Court erred in accepting taxpayers' appraiser's valuation evidence based on retail market for individual prints when normal market for groups of prints, and in finding FMV three times amount paid with no credible explanation—Appeal allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. NASH (A-572-04, A-571-04, A-569-04, 2005 FCA 386, Rothstein J.A., judgment dated 21/11/05, 16 pp.)

PATENTS

PRACTICE

Appeal from Federal Court's decision ([2004] 2 F.C.R. 405) dismissing application for judicial review of notification that re-issued patent had lapsed for failure to pay required maintenance fees—Re-issued patent expired entirely from operation of Act—Commissioner had no authority to extend time to pay maintenance fee—Appeal dismissed.

F. HOFFMANN-LA ROCHE AG V. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS) (A-591-03, 2005 FCA 399, Létourneau J.A., judgment dated 29/11/05, 4 pp.)

PUBLIC SERVICE

JURISDICTION

Judicial review of decision by Adjudicator determining, on preliminary motion, respondent's discharge from Canada Customs and Revenue Agency void *ab initio*—Grievance referring only to termination of employment—Whether can encompass pre-termination violations—Application allowed—Adjudicator acted without jurisdiction.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. SHNEIDMAN (T-1817-04, 2006 FC 381, Simpson J., judgment dated 24/3/06, 11 pp.)

SELECTION PROCESS

Competitions

Judicial review of decision of Canada Revenue Agency to use different criteria in external competition or "staffing process" than used in internal staffing process—Applicants also asking for declaration criteria used to select Tax Auditors at AU-02 level should be same, regardless of whether recruitment done through internal or external staffing processes—As external staffing process incomplete when application for judicial review commenced, application premature, dismissed.

SHEA V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1751-05, 2006 FC 859, Mactavish J., judgment dated 10/7/06, 19 pp.)

Merit Principle

Judicial review of Appeal Board's decision dismissing applicant's appeal of proposed nomination under *Public Service Employment Act*—Appropriate standard of review, legal test for bias—Composition of Selection Board raising reasonable apprehension of bias—Serious flaws in Appeal Board's assessment of evidence—Not reasonable to find selection based on merit—Application allowed—*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33.

CHENEY V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1736-04, 2005 FC 1590, de Montigny J., order dated 24/11/05, 16 pp.)

TRADE-MARKS

EXPUNGEMENT

Appeal from Federal Court decision (2004 FC 1703) overturning decision of Registrar of Trade-marks, ordering, in expungement proceeding for non-use of trade-mark under *Trade-marks Act*, s. 45, that certain wares, general class containing them be expunged—In deciding to expunge wares, general class, Federal Court exceeded scope of s. 45—In expungement proceeding under s. 45, validity of registration not in dispute—Appeal allowed—*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 45.

RIDOUT & MAYBEE LLP V. OMEGA SA (OMEGA AG) (OMEGA LTD.) (A-676-04, 2005 FCA 306, Létourneau J.A., judgment dated 20/9/05, 4 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-cf.gc.ca/fi/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fci-cf.gc.ca/fi/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.

ASSURANCE-EMPLOI

Contrôle judiciaire d'une décision d'un juge-arbitre concluant que l'ignorance de la loi ou la négligence ne permettaient pas d'établir un motif valable justifiant le retard du demandeur à présenter sa demande de prestations d'assurance-emploi dans le délai prescrit, conformément à l'art. 10(5) de *Loi sur l'assurance-emploi* (Loi)—Le demandeur avait-t-il l'obligation de présenter une demande de prestations pendant la période de carence prévue à l'art. 13 de la Loi?—L'inadmissibilité de l'art. 13 relative au délai de carence est incluse dans la définition du mot « inadmissible » à l'art. 6, il n'y avait donc aucune obligation de présenter une demande de prestations—Demande accueillie—*Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 6 « inadmissible », 10(5), 13.

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (A-597-05, 2006 CAF 309, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 22-9-06, 11 p.)

BREVETS

PRATIQUE

Appel d'une décision ([2004] 2 R.C.F. 405) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'avis selon lequel le brevet redélivré était devenu périmé du fait que les taxes périodiques n'avaient pas été payées—L'expiration du brevet redélivré résultait entièrement de l'application de la Loi—Le commissaire n'avait pas compétence pour proroger le délai de paiement des taxes périodiques—Appel rejeté.

F. HOFFMANN-LA ROCHE AGC. CANADA (COMMISSAIRE AUX BREVETS) (A-591-03, 2005 CAF 399, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 29-11-05, 4 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Requêtes en vue de surseoir aux renvois des demandeurs jusqu'à ce que leurs demandes sous-jacentes d'autorisation et de contrôle judiciaire soient examinées et tranchées—Une question sérieuse devait être tranchée—La perspective d'un préjudice irréparable pour le grand-père malade des enfants était-elle suffisante pour justifier un sursis au renvoi des demandeurs?—Examen de décisions où on a conclu que l'existence d'un préjudice irréparable était établie lorsqu'il était subi par autrui, et d'autres décisions où on mettait l'accent sur le fait que le préjudice devait être subi personnellement par les demandeurs—La preuve et les observations ne permettaient pas d'établir que le grand-père ou les enfants subiraient un préjudice irréparable si les demandeurs étaient renvoyés du Canada—L'évaluation des inconvénients ne jouait pas en la faveur des demandeurs—Requêtes rejetées.

TAJRAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3051-06, 2006 CF 760, juge Mosley, ordonnance en date du 15-6-06, 11 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

STATUT AU CANADA

Citoyens

Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire (2005 CF 572) de la décision par laquelle un agent de la citoyenneté a rejeté les demandes d'attestation de la citoyenneté canadienne—Appel accueilli—Les appelants se sont fondés sur le statut de citoyen canadien de leur grand-père pour demander la citoyenneté—La juge de première instance a conclu que le grand-père n'avait jamais eu le droit de devenir citoyen canadien—L'équité procédurale exigeait que le grand-père puisse présenter des observations—Possibilité de verdicts incompatibles dans les deux séries d'instances.

VELETA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-215-05, 2006 CAF 138, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 19-4-06, 11 p.)

Réfugiés au sens de la Convention

Contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui rejetait la demande présentée par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration en vue d'obtenir l'annulation d'une décision antérieure par laquelle la Section du statut de réfugié avait conclu que la défenderesse était une réfugiée au sens de la Convention—Il était manifestement déraisonnable pour la Commission de se fonder sur le fait que la défenderesse était peu instruite et qu'elle menait une vie simple et sur le fait que le ministère aurait dû communiquer les nouveaux renseignements à la Commission—La Commission a en outre omis d'effectuer une analyse appropriée suivant l'art. 109(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Demande accueillie—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 109.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. PEARCE (IMM-3826-05, 2006 CF 492, juge Blanchard, ordonnance en date du 18-4-06, 17 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

Appel d'une décision (2004 CF 1105) par laquelle la Cour fédérale a conclu que l'art. 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* empêchait l'appelant de déposer une demande de contrôle judiciaire parce qu'il avait un droit d'appel en vertu de l'art. 169(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*—Objet de l'art. 18.5—La Cour fédérale peut réviser la légalité des mesures de recouvrement, mais non une demande contestant la validité de la cotisation sous-jacente—Appel rejeté—*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.5—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 169.

WALKER C. CANADA (A-454-04, 2005 CAF 393, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 28-11-05, 7 p.)

COURONNE

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Action en dommages-intérêts contre la Couronne dans laquelle le demandeur a allégué que des fonctionnaires du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada avaient été négligents lors du traitement de sa demande de résidence permanente et du traitement du dossier d'immigration de sa femme—Action rejetée.

FARZAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-626-96, 2005 CF 1659, juge Martineau, jugement en date du 6-12-05, 61 p.)

DOUANES ET ACCISE

LOI SUR LE RECYCLAGE DES PRODUITS DE LA CRIMINALITÉ ET LE FINANCEMENT DES ACTIVITÉS TERRORISTES

Demande d'obtention d'un *mandamus* en vue de forcer le ministre du Revenu national à rendre une décision en vertu de l'art. 12(1) de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, à propos d'une somme saisie en avril 2005, dont la demanderesse prétendait être la propriétaire—La question était de savoir si le ministre avait le pouvoir d'exiger d'une personne présentant une demande en vertu de l'art. 25 de la Loi, la preuve qu'elle était le propriétaire légitime de la somme, et, dans l'affirmative, de savoir si les exigences et agissements du ministre s'accordaient avec les impératifs

DOUANES ET ACCISE—Fin

de l'équité procédurale—L'art. 25 n'oblige pas le ministre à déterminer le propriétaire légitime—Demande accueillie—*Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17, art. 12, 25.

PHAM C. M.R.N. (T-1956-05, 2006 CF 759, juge Hughes, jugement en date du 14-6-06, 15 p.)

DROIT ADMINISTRATIF

CONTRÔLE JUDICIAIRE

Contrôle judiciaire du refus de l'Agence défenderesse de donner effet à la décision résultant d'un examen par un tiers indépendant (ETI)—L'Agence aurait dû demander le contrôle judiciaire de la décision de l'ETI, mais elle ne l'a pas fait—Elle ne saurait maintenant obtenir le contrôle judiciaire de la décision de l'ETI—La décision portant refus était infondée et déraisonnable parce qu'aucune analyse en bonne et due forme ne l'appuyait—Demande accueillie.

BURSTYN C. CANADA (AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU) (T-1500-05, 2006 CF 744, juge Layden-Stevenson, jugement en date du 13-6-06, 22 p.)

Motifs

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le commissaire de la GRC a mis fin à la participation du demandeur au programme de protection des témoins conformément à l'art. 9 de la *Loi sur le programme de protection des témoins*—La Cour a tenu compte des facteurs pertinents énoncés dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 pour déterminer la teneur de l'équité procédurale en l'espèce—Les attentes et le degré d'équité procédurale requis sont élevés—Le défendeur a manqué à son obligation en matière d'équité procédurale et il a omis de tenir compte d'éléments pertinents pour fins de sa décision—Demande accueillie—*Loi sur le programme de protection des témoins*, L.C. 1996, ch. 15, art. 9.

JOHN DOE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1151-05, 2006 CF 92, juge Phelan, ordonnance en date du 27-1-06, 11 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL

CHARTRE DES DROITS

Liberté de circulation et d'établissement

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le mari demandeur, résident permanent du Canada purgeant une peine d'emprisonnement aux États-Unis, a été déclaré inadmissible au transfèrement vers le Canada—Les demandeurs sollicitent un jugement déclarant contraires à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* les dispositions de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants* (LTID) qui limitent l'application de celle-ci aux citoyens canadiens—L'art. 2 de la LTID est conforme à l'art. 6 de la Charte (droit des résidents permanents de se déplacer dans tout le pays, ainsi que d'établir leur résidence et de gagner leur vie dans toute province)—Par conséquent, il ne peut contrevenir à l'art. 15 de la Charte—En tout état de cause, la LTID ne contrevient pas à l'art. 15, mais si tel était le cas, la limitation serait légitimée par l'article premier de la Charte—Demande rejetée—*Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21—*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 6, 15.

CATENACCI C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-822-05, 2006 CF 539, juge Phelan, jugement en date du 28-4-06, 39 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Appel d'une décision de la Cour fédérale ([2006] 2 R.C.F. 637) maintenant la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de rejeter les plaintes de discrimination des appelants puisque l'intimée avait fait la preuve d'une exigence professionnelle justifiée—Le juge n'a pas commis, dans l'appréciation des questions qui lui furent soumises, une erreur de fait ou de droit qui pourrait justifier l'intervention de la Cour—La Commission n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire contrairement à la loi ou d'une manière non judiciaire—Appel rejeté.

BASTIDE C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES (A-524-05, A-523-05, 2006 CAF 318, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 28-9-06, 6 p.)

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne a attribué les dépens à une plaignante qui a eu gain de cause et qui n'était pas représentée par un avocat—Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit et de fait en attribuant à la défenderesse des dépens relatifs aux « frais de justice et de représentation » d'un conseiller qui n'est pas avocat?—Le terme « *counsel* » (avocat) de l'art. 50(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* signifie « avocat » et exclut dès lors les non-avocats—Le Tribunal a commis une erreur en adjugeant à la défenderesse les dépens relatifs aux honoraires d'un non-avocat—Demande accueillie—*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 50(1).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BROWN (T-1771-04, 2005 CF 1683, juge Hansen, ordonnance en date du 13-12-05, 15 p.)

FONCTION PUBLIQUE

COMPÉTENCE

Contrôle judiciaire de la décision rendue par un arbitre qui, saisi d'une requête préliminaire, avait estimé que le congédiement de la défenderesse par l'Agence des douanes et du revenu du Canada était nul *ab initio*—Le grief ne contestait que la décision de licenciement—Pouvait-il englober les violations antérieures au licenciement?—Demande accueillie—L'arbitre a agi sans compétence.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. SHNEIDMAN (T-1817-04, 2006 CF 381, juge Simpson, jugement en date du 24-3-06, 11 p.)

PROCÉDURE DE SÉLECTION

Concours

Contrôle judiciaire de la décision de l'Agence du revenu du Canada d'appliquer, dans un concours externe ou processus externe de dotation, des critères différents de ceux qui étaient utilisés dans un processus interne de dotation—Les demandeurs voulaient aussi obtenir un jugement déclarant que les critères utilisés pour la sélection de vérificateurs d'impôt du niveau AU-02 devraient être les mêmes, que le recrutement soit effectué au moyen d'un processus interne ou d'un processus externe de dotation—Comme le processus externe de dotation était inachevé quand la demande de contrôle judiciaire avait été déposée, la demande était prématurée et elle a été rejetée.

SHEA C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1751-05, 2006 CF 859, juge Mactavish, jugement en date du 10-7-06, 19 p.)

Principe du mérite

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Comité d'appel a rejeté l'appel de la demanderesse concernant une nomination proposée en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*—Norme de contrôle appropriée, critère juridique de partialité—La composition du jury de sélection suscitait une crainte raisonnable de partialité—L'appréciation de la preuve effectuée par le Comité d'appel comportait de graves lacunes—Il était déraisonnable de conclure que la sélection était fondée sur le mérite—Demande accueillie—*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33.

CHENEY C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1736-04, 2005 CF 1590, juge de Montigny, ordonnance en date du 24-11-05, 16 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (*Nash c. Canada*, [2005] 1 C.T.C. 2138) dans laquelle la principale question en litige était la juste valeur marchande (JVM) de divers lots de gravures à tirage limité que les défendeurs (contribuables) ont achetés et donnés à des organismes de bienfaisance et à des universités—Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a estimé dans chaque cas que la juste valeur marchande des biens correspondait à celle qui avait été fixée dans l'évaluation déposée en preuve devant lui et a fait droit aux appels des contribuables—La Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur en acceptant les éléments de preuve présentés par les contribuables au sujet d'une évaluation qui était fondée sur le

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

marché au détail des gravures individuelles alors qu'il existait un marché normal pour l'achat de lots de gravures, ainsi qu'en fixant la juste valeur marchande des biens à trois fois la somme payée sans offrir d'explication crédible—Appel accueilli.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. NASH (A-572-04, A-571-04, A-569-04, 2005 CAF 386, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 21-11-05, 16 p.)

MARQUES DE COMMERCE

RADIATION

Appel d'une décision (2004 CF 1703) par laquelle la Cour fédérale a renversé une décision du registraire des marques de commerce et ordonné, dans le cadre d'une procédure en radiation pour non-usage de la marque de commerce en vertu de l'art. 45 de la *Loi sur les marques de commerce*, la radiation de certaines marchandises ainsi que de la catégorie générale qui les contient—En décidant de radier les marchandises, la Cour fédérale a dépassé la portée de l'art. 45—À l'occasion d'une procédure en radiation suivant l'art. 45, la validité de l'enregistrement n'est pas en litige—Appel accueilli—*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45.

RIDOUT & MAYBEE LLP C. OMEGA SA (OMEGA AG) (OMEGA LTD.) (A-676-04, 2005 CAF 306, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 20-9-05, 4 p.)

PÊCHES

Contrôle judiciaire de la décision du ministre des Pêches et Océans Canada de délivrer un permis de pêche du crabe des neiges à l'Association des pêcheurs de poissons de fond acadiens (APPFA) en échange d'un montant de 1 900 000 \$ pour financer les activités supplémentaires du ministère des Pêches et Océans (MPO)—Le ministre n'a pas le pouvoir en vertu de la *Loi sur les pêches* de financer les recherches scientifiques du MPO à même la vente de crabe des neiges—La même conclusion s'applique dans le cas du financement des activités supplémentaires du MPO—Le ministre a donc outrepassé sa compétence en vertu de la Loi en délivrant le permis à l'APPFA—Demande accueillie—*Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14.

ASSOC. DESCRABIERS ACADIENS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-775-05, 2006 CF 1241, juge Martineau, ordonnance en date du 18-10-06, 6 p.)

Contrôle judiciaire de la décision du ministre des Pêches et Océans Canada d'imposer l'obligation à certains détenteurs de permis pour la pêche du crabe des neiges d'installer sur leur bateau un système de suivi des navires (SSN)—L'art. 22(1)l) du *Règlement de pêche (dispositions générales)* permet au ministre d'indiquer sur un permis de pêche que le détenteur installe un SSN, en autant que cette condition soit fondée sur des considérations pertinentes—Tel était le cas en l'espèce—Demande accueillie en partie—*Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, art. 22(1)l).

ASSOC. DESCRABIERS ACADIENS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-777-05, 2006 CF 1242, juge Martineau, ordonnance en date du 18-10-06, 6 p.)

If undelivered, return to:
Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à:
Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de:
Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>